ERIC RODAS CEZARETTI

ESTUDO JURÍDICO COMPARATIVO SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS: Brasil, França e México

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA CLÁUDIA PERRONE MOISÉS.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2017

ERIC RODAS CEZARETTI

ESTUDO JURÍDICO COMPARATIVO SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS: Brasil, França e México

Dissertação de Mestrado, apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Perrone Moisés.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da
Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cezaretti, Eric Rodas

Estudo Jurídico Comparativo Sobre Controle de Concentração De Empresas: Brasil, França e México / Eric Rodas Cezaretti ; Orientadora Cláudia Perrone Moisés – São Paulo, 2017.

222 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Concentração de empresas 2. Direito comparado Brasil, França, México.. 3. Mercosul, União Europeia, NAFTA Legislação, Doutrina e Jurisprudência I. Perrone Moisés, Cláudia, orient. II. Título.

Nome: RODAS CEZARETTI, Eric

Título: Estudo Jurídico Comparativo Sobre Controle De Concentração De Empresas: Brasil, França e México.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito Internacional da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

RESUMO

A presente dissertação constitui estudo jurídico de direito comparado da legislação, da doutrina e da jurisprudência sobre controle de concentrações econômicas do Brasil, França e México; bem como, subsidiariamente, do MERCOSUL, da União Europeia e do NAFTA, blocos econômicos a que, respectivamente, pertencem os três Estados citados. Embora trate-se de estudo jurídico, são inevitáveis referências colaterais à ciência econômica, visto que o direito econômico, ramo jurídico em que se integra o direito concorrencial, possui estrutura jurídica, mas grande parte de seus conceitos são econômicos. Fez-se micro comparação sincrônica, consoante os métodos de direito comparado, dos aspectos acima, entre países pertencentes à família romanística ou romano-germânica e organizações internacionais intergovernamentais de integração econômica, também chamadas blocos econômicos, que possuem entre seus membros países vinculados, tradicionalmente, à *commom law*. De início, aquilata-se semelhanças e diferenças. Após estudar, inicialmente, as origens e o desenvolvimento do direito concorrencial, com ênfase na concentração econômica, dedica-se o trabalho à perquirição dessa matéria em cada um dos países, bem como ao exame da questão no âmbito do bloco econômico a que pertencem. A seguir é feita a comparação, tanto entre os Estados, quanto entre os blocos econômicos. Como o direito comparado possui, além dos intuitos comparatísticos, uma meta teleológica, são, ao final traçadas conclusões sobre a adequação da legislação brasileira vigente sobre concentrações, bem como feitas sugestões de mudança.

Palavras-chave: direito comparado; direito concorrencial; concentração de empresas; direito concorrencial brasileiro, francês e mexicano; direito concorrencial no MERCOSUL, na União Europeia e no TLCAN ou NAFTA.

ABSTRACT

This dissertation is a study within the field of Comparative Law, consisting of legislation, doctrine, and jurisprudence on the control of economic concentration in Brazil, France, and Mexico; in addition, MERCOSUR, as well as the European Union and NAFTA, the economic trade blocs in which the three respective sovereign nations mentioned belong. Although this is a legal study, collateral references to Economic Science are parallel in nature, since Economic Law, a legal branch of study in which Competition Law is integrated, has its own structure in the field of Law; however, most of its concepts have an economic basis. Simultaneous micro-comparison, according to the methods of Comparative Law within the aspects above, between countries belonging to Roman or Roman-Germanic familiar entities, as well as international and intergovernmental economic integration organizations, are also referred to as economic trade blocs. Amongst the members of these respective blocs, there are traditional countries bound under *common law*. At first, one notices both the similarities and the differences. Whereupon one studies the initial origins and development of Competition Law, with an emphasis on economic concentration, research must be devoted to this matter of study under each individual sovereignty, as well as the examination of issues arising within the economic trade bloc to which they respectively belong. The following work is to be treated as a comparison, both between the sovereign nations and between the economic trade blocs. As Comparative Law study dictates, aside from its natural comparative purposes, that there is also a teleogical purpose, whereupon final conclusions are drawn, prioritizing the adequacy of Brazilian legislation regarding economic concentration, as well as suggestions for change.

Keywords: Comparative Law; Competition Law; Concentration of enterprises; Brazilian, French, and Mexican Competition Law; Competition Law in MERCOSUL (MERCOSUR- Southern Common Market), the European Union, and NAFTA (North-American Free Trade Agreement).

SUMÁRIO

Introdução **11**

CAPÍTULO I - ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONCORRENCIAL/CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA. **15**

1.1. Origens e desenvolvimento do direito concorrencial, com ênfase na concentração econômica. 15

1.2. Direito de Concorrência e Concentração econômica. 19

CAPÍTULO II - CONCORRÊNCIA E CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL **27**

2.1. **Direito da Concorrência no Brasil.** 27

2.2. Legislação brasileira sobre concentração econômica 35

2.3. Doutrina brasileira sobre concentração econômica 52

2.4. Jurisprudência brasileira sobre concentração econômica: casos relevantes. 70

CAPÍTULO III - CONCORRÊNCIA E CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NA FRANÇA **119**

3.1. Direito da Concorrência na França. 119

3.2. Legislação sobre concentração de empresas aplicáveis na França 123

3.2.1. Legislação vigente aplicável às concentrações 123

3.2.2. Exegese da legislação vigente aplicável às concentrações 128

3.3. Autoridade da concorrência 141

3.4. Doutrina francesa sobre concentração de empresas. 143

3.5. Jurisprudência francesa sobre concentração de empresas: casos relevantes. ... 154

3.6. União Europeia. Direito Concorrencial e Concentração de Empresas 166

CAPÍTULO IV – CONCORRÊNCIA E CONCENTRAÇÃO NO MÉXICO E NO NAFTA. **172**

4.1. **Direito da Concorrência no México.** 172

4.2. Legislação mexicana sobre concentração econômica. 175

4.3. Doutrina mexicana sobre concentração econômica. 184

4.4. Jurisprudência mexicana sobre concentração de empresas: casos relevantes. . 190

4.5. **NAFTA. Direito concorrencial e concentração econômica** 195

CAPÍTULO V - COMPARAÇÃO ENTRE OS DIREITOS CONCORRENCIAIS, EM MATÉRIA DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESA, DO BRASIL, DA FRANÇA E DO MÉXICO; E DO MERCOSUL, UNIÃO EUROPEIA E NAFTA. **199**

CONCLUSÕES **214**
REFERÊNCIAS **218**

Introdução

A presente dissertação estuda as concentrações de empresas, também denominadas de concentrações econômicas, tema de direito concorrencial, que, segundo muitos, faz parte do direito econômico. O trabalho insere-se, entretanto, na área de concentração de direito internacional e de direito comparado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da USP.

É de direito internacional, na medida em que perquire o tema escolhido em organizações internacionais intergovernamentais, de cunho econômico e regional - MERCOSUL, União Europeia e NAFTA -, que aplicam no respectivo bloco econômico o direito da integração, que, de maneira corrente, é tido como uma das espécies de direito internacional.

É de direito comparado, pois o estudo é feito segundo os ditames do método comparativo, que presidiu, desde a escolha dos ordenamentos jurídicos internos estudados, até as conclusões finais, quais sejam: apreciações sobre os direitos estudados e sugestões de lege ferenda, para o aperfeiçoamento da legislação brasileira sobre concentração empresarial.

O método comparativo procura, de maneira sistemática, por intermédio do cotejo, determinar correlações entre fatos, indivíduos, classes ou fenômenos, que possibilitarão a indicação de semelhanças ou diferenças, com o intuito de se chegar a um objetivo. Tal método, no campo jurídico, tornará possível confrontar, quer dois ou mais ordenamentos jurídicos, considerados em sua totalidade - macro comparação -; quer entre institutos afins de dois ou mais sistemas jurídicos diversos - micro comparação -, com objetivo finalístico, isto é colaborar para o fortalecimento da cultura jurídica.

Os variados direitos internos existentes na face do globo brotam de cada Estado, em razão da ainda vigente teoria da soberania absoluta, inobstante já relativizada. Embora não haja dependência, nem necessidade de coerência entre si, formam, por razões sócio-geográfico-históricas, famílias de sistemas jurídicos. Zweigert e Kötz classificam tais famílias em: romanística, germânica, anglo-americana, nórdica, do extremo oriente e de caráter religioso1. Vicente, por seu turno o faz em: romano-germânica, da common law, muçulmana, africanas, hindu, chinesa, além de sistemas jurídicos híbridos2.

---

[1] ZWEIGERT, K. e Kötz H., **An Introduction to Comparative Law**, 3ª edição, Oxford, Clarendon Press, 1988.
[2] VICENTE, Dário Moura, **Direito Comparado**, Coimbra, Almedina, 2012, vol. I.

A discrepância classificatória entre os dois autores, não fará diferença para o presente trabalho, pois escolheu-se para estudo e comparação três sistemas jurídicos pertencentes à grande família romanística, consoante os primeiros autores; e romano-germânica, conforme o terceiro autor. Isso porque, o intuito foi escolher três ordenamentos contemporâneos, que possibilitem comparação entre sistemas jurídicos sincrônicos: Brasil, França e México.

O motivo da escolha do sistema jurídico brasileiro é óbvio, por se tratar de estudo feito por brasileiro, para ser apresentado a universidade brasileira. Dentre os sistemas jurídicos europeus, que poderiam, em tese, ser escolhidos, a França, ademais de pertencer à família românico-germânica, tem sido país em que o direito concorrencial alcançou vigor e tradição peculiares. No que se refere ao México, além de ser país latino situado na América do Norte, a partir de seu ingresso no TLCAN, vem desenvolvendo incessantemente seu direito antitruste interno. Muito embora seja sabido que a matriz do direito concorrencial é de origem norte-americana, que hoje, juntamente com a da União Europeia, exerce grande influência nos direitos antitruste internos dos países, ainda assim os três países escolhidos possuem evoluções institucionais, legais, doutrinárias e jurisprudências próprias. Assim, os países escolhidos fornecem aspectos atuais para uma comparação, e, subsequentemente, para se extrair conclusões úteis. De mais a mais, os três países eleitos pertencem a blocos internacionais de integração econômica distintos, o que enriquecerá o estudo e a comparação.

Embora trate-se de estudo jurídico comparativo sobre concentração de empresas, no Brasil, França e México, a boa compreensão da questão, leva, por vezes ao exame de determinados substratos econômicos, que, entretanto, serão sempre colaterais. É consabido que o direito concorrencial, inobstante suas estruturas sejam jurídicas, grande parte de seus conceitos são econômicos; residindo aí sua característica mais marcante.

Parte fulcral do direito concorrencial é a que trata das concentrações de empresas. Desde os inícios da formulação do direito antitruste, a preocupação com fusões e aquisições vem sendo permanente, pois a dominação de percentual alto de determinado mercado leva, inexoravelmente, ao oligopólio ou ao monopólio, com todas as respectivas consequências danosas.

Ultimamente no mundo e, mesmo no Brasil, tem sido dado ênfase às condutas, aos ilícitos concorrenciais, mormente os cartéis, tanto na prática do CADE e

dos tribunais, quanto na pesquisa acadêmica. Isso, entretanto, não retira a necessidade e a importância de se perquirir acerca das concentrações, que, de certa forma, pertence à profilaxia do direito antitruste. Tal importância aumenta, se o objetivo for utilizar o método comparativo, que, para as ciências humanas funciona, de certo modo, como substitutivo da experimentação.

A permanente importância do estudo das concentrações econômicas foi mais uma vez testemunhada pelo interesse despertado pela mesa científica sobre as regras de notificação de concentrações[3], realizada em 3 de dezembro de 2016, em Paris, sob os auspícios da Rede Internacional de Concorrência (ICN) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD).

A evolução e o estado atual do direito relativo às concentrações empresariais e como se perscruta o futuro de três países, semelhantes e ao mesmo tempo diferentes é elucidativa, além de mostrar caminhos novos a percorrer.

Ressalte-se, uma vez mais, a importância do método comparativo para a presente dissertação. Nenhum outro possibilitaria esmiuçar as semelhanças e diferenças, fazer estudos e análises aprofundados, bem como chegar a conclusões pertinentes, com mais acertos e menos erros, em um momento de globalização tão intensa, como o que vivemos.

Consoante o índice nos capítulos II, III e IV, dedicados respectivamente ao Brasil/MERCOSUL, França/União Europeia e México/TLCAN, com relação a cada país e bloco econômico, serão estudados os mesmos aspectos: (i) evolução da legislação sobre direito concorrencial; (ii) exegese das instituições antitruste existentes e sua interação com outras instituições, com ênfase no papel daquelas instituições com referência à concentração empresarial; (iii) doutrina sobre concentração de empresas; (iv) principais julgados, administrativos e judiciais, sobre concentração. Esse paralelismo tem por intenção possibilitar a comparação entre os países (e subsidiariamente também com os organismos regionais) desses elementos, realizado no capítulo V. Assim o fazendo, será

[3] Tendo como pano de fundo as práticas recomendadas para notificação de concentrações e os procedimentos de revisão da ICN, foram discutidas questões relativas ao limiar tradicional das concentrações, bem como aspectos vinculados à revisão de certas operações baseadas em volume de negócios (*turnover transactions*); frequentes no âmbito dos mercados digital (facebook/whatsapp, em 2014) ou farmacêutico. No primeiro, em razão de os serviços serem gratuitos; e no segundo, pelo fato de produtos não terem ainda chegado ao mercado.

possível ver as semelhanças e diferenças entre os países comparados, bem como tirar disso conclusões, que, poderão servir para formular conclusões e sugestões.

CAPÍTULO I - ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONCORRENCIAL/CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA.

1.1. Origens e desenvolvimento do direito concorrencial, com ênfase na concentração econômica.

Usualmente fixa-se o início da existência do ramo jurídico conhecido como direito concorrencial, na segunda metade dos sécs. XIX, na América do Norte. Entretanto, não se deve esquecer que em países antigos - Egito, Babilônia e Roma -, que não possuíam estrutura capitalista, nem preocupações com planejamento ou economia de escala, vicejaram figuras, como o monopólio, que não somente pela nomenclatura, mas também sua regulamentação, apresentam similitudes com as, atualmente, acolhidas pelo moderno direito antitruste[4].

Na segunda metade do séc. XIX, uma série de fatos, praticamente concomitantes – o fim da Guerra de Secessão, a maciça imigração europeia e a possibilidade de ocupação do Oeste do continente norte-americano – revolucionariam a economia, não somente do Novo Mundo. Os capitais concentravam-se nas mãos dos que se dedicavam ao petróleo, à siderurgia, às ferrovias e às finanças, em volume muito superior à riqueza sulista originária da agricultura. Daí para que os novos senhores e suas empresas passassem a livrar-se de seus concorrentes, por meio de sabotagens, *dumping*, cartelização, etc., foi somente um passo. A grita dos prejudicados, inclusive por meio da imprensa, foi enorme, tanto por contrariar os princípios democráticos e igualitários, quanto pelos graves prejuízos econômicos e sociais advindos. O período de liberação

[4] "... o monopólio ... não era um acontecimento desconhecido na Antiguidade. Trata-se ... de fenômeno muito antigo, que foi ... descrito e melhor analisado na Grécia, embora aqui não tenha encontrado seu pleno desenvolvimento. No Egito, alcançou sua maior difusão e numa das principais bases do poder estatal (a livre iniciativa e consequentemente, a liberdade de concorrência foram bastante minimizadas, embora não tenham desaparecido por completo). (...) O monopólio (em Roma) era visto com muitas reservas: deveria sempre preponderar a liberdade de concorrência, tomada como um dos pontos cardinais da estrutura econômica de então. É evidente ... que monopólios havia, porém salvo pelas províncias ... sua ocorrência foi eventual e esparsa antes das grandes mudanças na estrutura econômica romana no século III d. C. Tanto isso é verdade que faltava à língua latina uma expressão para referi-lo ... e que, mesmo no século VI d. C., ainda são raríssimas as referências ao monopólio no *Corpus Juris Civilis* (aparece apenas duas vezes no *Codex*). (...) ... o monopólio na Antiguidade, não somente era conhecido como também foi regulamentado e sua noção geral projetada ao longo dos séculos até os dias atuais... É claro que que há diferenças importantes entre as facetas do instituto hoje e o seu correspondente na Antiguidade, porém nesses quase 2.500 anos de evolução, sua ideia básica e sua correlação com o direito permaneceram relativamente inalterados") MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Monopólios e Acordos de não Concorrência na Antiguidade**. Revista de Direito Econômico, CADE, Brasília, DF, nº 32, jul. /dez. 2001. p. 9-32 (citação p. 31-32)

econômica foi sucedido por um período de contenção, quando uma série de leis foram editadas; leis essas que consubstanciariam um novel ramo jurídico.

Em 1889, o Canadá, sob domínio do Reino Unido, com o intuito de enfrentar conluios para reduzir o comércio, diminuir a produção e fixar preços, aprovou o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint* of *Trade* (Lei de Prevenção e Supressão de Combinados Criados para Restringir o Comércio) legislação, considerada como a primeira lei concorrencial moderna, tornou-se parte do primeiro código penal do Canadá, em 1891, tendo sido ampliada, em 1910, abarcando fusões e monopolizações, por meio do *Combines Investigations Act* (Lei sobre Investigação de Combinados). Em 1986, foi aprovado um novo *Competition Act* (Lei sobre Concorrência), que, entre outras medidas importantes, determinou a comunicação prévia de fusões de empresas com ativos e faturamento no país, acima de certos limites. Nesse mesmo ano, o *Competition Tribunal Act* (Lei sobre Tribunal de Concorrência), aumentou a competência do Tribunal da Concorrência. O *Bureau of Competition Policy* (Escritório de Política Concorrencial), até 1999, examinou mais de quatrocentos casos de fusões. Modernização do regime concorrencial foi levada a cabo em 2003, resultando, no que tange às fusões, em minorar a importância do critério das eficiências, transformada em mero fator complementar. O *Competition Act* (Lei sobre Concorrência) sofreu emendas em 2009 e 2010, aumentando a segurança do consumidor contra condutas anticoncorrenciais.

O *Sherman Act*, de 1890, dos Estados Unidos da América[5] considerou ilegais contratos e avenças que restringissem o comércio, bem como a monopolização, tendo cabido à jurisprudência dizer quais os limites aceitáveis. Em 1914, além da edição do *Clayton Act*, que reforçou a lei de 1890, por meio do *Federal Trade Commission Act* (Lei sobre a Comissão Federal do Comércio), foi criada agência, com competência investigatória e para a emissão de ordem de cessação. Seguiram-se outras importantes

[5] "A política antitruste nasceu nos EUA, há mais de 100 anos, com a instauração do *Sherman Act* em 1890. Usualmente sua implementação é interpretada como uma reação aos efeitos decorrentes do liberalismo econômico sem regulação, que resultou na concentração econômica em poucas empresas. O final do século XIX caracterizou-se pela ascensão do fenômeno do poder econômico, até então ignorado pela teoria econômica clássica, que considerava a chamada competição perfeita como a forma de mercado prevalecente. Na economia norte-americana observou-se um processo de rápida concentração em diversos setores econômicos, muitos organizados na forma de trustes. Nos anos 80 há uma crescente discussão sobre os trustes na sociedade norte-americana. A adoção das medidas contra os trustes ganha apoio popular, não apenas de grupos específicos, como agricultores e pequenos empresários, mas da população em geral. Nas eleições de 1888 a temática antitruste ocupou a campanha eleitoral de todos os candidatos". GHEVENTER, **Alexandre, Política Antitruste e Desenho Institucional**, Revista de Direito Econômico, CADE, nº 31, janeiro/julho de 2000, p. 166.

legislações como: *Robinson-Patman Act* (1936); *Wheeler-Lea Act* (1838); *Celler-Kefauver Act* (1950), que aumentou o controle de fusões; *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (Lei de Aperfeiçoamento Concorrencial *Hart-Scott-Rodino*), de 1976[6], que impôs a notificação de fusões (*premerger notification*) e apresentação de dados; diretrizes para fusões horizontais (1992). O objetivo, nos Estados Unidos, tem sido a proteção da "concorrência e não dos concorrentes", sendo seu foco os cartéis, a monopolização, fusões, recusa em negociar etc. O *Merger Review Process Iniciative* (Iniciativa de Revisão do Processo de Fusão), de 2001, propiciou a diminuição da apresentação de atos de concentração. Foi seguido, em 2010, pelo *Horizontal Merger Guidelines* (Diretrizes sobre Fusão Horizontal), cujas principais inovações foram com relação à definição do mercado relevante, assim como a necessidade de análise casuística das fusões e aquisições, mais do que, simplesmente, seguir determinada metodologia[7].

Foi nos Estados Unidos da América que surgiram os dois tratamentos teóricos mais conhecidos em matéria de concentração. A Escola de Harvard, predominante até fins da década de 50 do passado século; que, se fundamentando no modelo estrutura-conduta-desempenho, aponta o alto grau de concentração de empresas, como prejudicial ao mercado. A Escola de Chicago, surgida nos anos 60 do século transato, admite que, mesmo em mercado com alta concentração, se houver eficiência, não haverá prejuízo.

O decurso do tempo, levou à conclusão de que, importam na verificação de uma concentração, tanto o poder de mercado, quanto as eficiências[8] .

---

[6] Consoante o Rodino Antitruste Improvements Act, em "linhas gerais, uma concentração é proibida se tiver como efeito reduzir substancialmente a concorrência ou se tender a criação de um monopólio em qualquer linha de comércio ou qualquer região do país". MARTINEZ, Ana Paula, **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento:** Uma contribuição jurídica para a análise de custo-benefício, Faculdade de Direito da USP, Dissertação de mestrado, 2008, s.c.p., p. 85.
"O Senado norte-americano, por meio do Rodino Antitrust Improvement Act - HSR, aprovou o controle prévio e obrigatório de concentrações econômicas nos Estados Unidos em 1976, com entrada em vigor em 5 de setembro de 1978. Antes da entrada em vigor do HSR, o controle era feito a posteriori e não havia sistema obrigatório de notificações. Restava à autoridade o ônus de monitorar ativamente o mercado, identificar as concentrações anticompetitivas e reunir informações suficientes para questioná-las no Judiciário, o que inevitavelmente ocorria em um estágio pós-concentração". MARTINEZ, Ana Paula, **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento**: Uma contribuição jurídica para a análise de custo-benefício, Faculdade de Direito da USP, Dissertação de mestrado, 2008, s.c.p., p. 87.

[7] "A teoria econômica, buscando avaliar o grau de concentração presente no mercado relevante, antes e depois da operação, fornece-nos alguns métodos de cálculo, de que podem as autoridades antitruste lançar mão para afirmar que um mercado é 'muito' ou 'pouco' concentrado. Dentre esses, o mais utilizado (e que foi inclusive, adotado pelas Mergers Guidelines estadunidenses a partir de 1984) é o chamado índice HHI (Herfindhal-Hirschman Index)." FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 413/414.

[8] "... a aplicação correta de uma política antitruste parece voltar para uma mescla dos preceitos defendidos por Harvard e Chicago. Sendo assim, cada ato de concentração deve ser analisado de forma exclusiva, observando a eficiência que será originada, mas não se esquecendo de analisar o nível de concentração de

Dentre os casos norte-americanos sobre fusões, são paradigmáticos: Northern Securities Co. v. United States, 1904; Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 1911; United States v. El Paso Natural Gas Co., 1964, Brown Shoe Co. - G. R. Kinney Co. – 1956 [9], United States v.IBM[10] e Boeing–McDonnell Douglas - 1997[11].

Coube à integração da Europa, começada na segunda metade do século XX, o papel de propulsora da cultura antitruste naquele continente. Muito embora os tratados, originalmente, pouco falassem em concorrência, essa matéria acompanhou o crescimento da integração, a ponto de o velho continente ter-se transformado, hodiernamente, em importante polo mundial do antitruste.

Os primeiros países europeus a se preocuparem com o direito concorrencial foram o Reino Unido e a Alemanha. A França somente entraria nas hostes antitruste em 1977, com a criação da Comissão da Concorrência e a possibilidade de controle de concentração.

O *Monopolies & Restrictive Practices Act* (Lei Sobre Monopólios e Práticas Restritivas), de 1948, criou, no Reino Unido, comissão competente para examinar restrições concorrenciais. Seguiu-se, em 1956, a *Restrictive Trade Practices Act* (Lei Sobre Práticas Restritivas de Comércio), que instituiu o Tribunal de Práticas Restritivas. Contudo, somente, em 1965, estabeleceu o controle das fusões. Depois de um período fértil em aprovação de leis, em 1998, editou-se o *Competition Act*, (Lei sobre Concorrência), que substituiu a legislação anterior, tendo dado poderes investigatórios à Comissão de Monopólios e Concentrações, inobstante a decisão coubesse ao Tribunal de Práticas Restritivas. A *Enterprise Act* (Lei da Empresa), além de renovar o regime de concentrações, deu à Comissão de Concorrência, o poder de decidir e implementar questões concorrenciais.

---

mercado que será gerado". FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e Chicago**. Revista de Direito Concorrencial, vol. 2, nº 2, novembro de 2014, p. 202.

[9] ARAÚJO JR., José Tavares de**. Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil**. O Controle de fusões e aquisições, Revista de Direito da Concorrência, CADE, 2006, nº 9, jan./fev./mar., p. 67/68.

[10] Idem, p. 67/68.

[11] ARAÚJO JR., José Tavares de**. Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil**. O Controle de fusões e aquisições, Revista de Direito da Concorrência, CADE, 2006, nº 9, jan./fev./mar., p. 77/79; e Faria, José Ângelo Estrella, "O Controle de Concentrações de Empresa Estrangeiras e a Lei nº 8.884. A Extraterritorialidade Revisitada", 2009, p. 24/25.

Em 1958, a Alemanha aprovou o *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Lei sobre restrições à concorrência), mas, unicamente, em 1973, adotou o controle de aquisição e fusões de empresas. A autoridade com poder decisório é o *Bundeskartellamt*, muito embora, possa o Ministério da Economia aprovar aquisições e fusões, desde que se prove existência de interesse público.

No âmbito latino-americano[12], os pioneiros em legislar sobre concorrência foram a Argentina (1919) e o México (1934). Vieram a seguir, Colômbia e Chile (1959) e Brasil (1962). Somente no final do século passado, editariam legislação antitruste: Peru e Venezuela (1991), Costa Rica (1994), Panamá (1996), Uruguai (2001), El Salvador (2004), Honduras (2005), Panamá (2006) e Equador (2011).

Referentemente ao Caribe, editaram legislação: Jamaica (1993), St. Vicente e Grenadines (1999) e Trinidad e Tobago (2006).

Da mesma forma que na Europa, as organizações de integração econômica, existentes nas regiões da América Latina e Caribe, muito contribuíram para acordar os países da região para a necessidade e conveniência de estabelecerem leis antitruste. É encontradiça nas Constituições dos países de ambas as regiões, regras contra a concentração abusiva de poder econômico e monopólios. Por seu turno, as leis editadas, dentre outras coisas, possibilitam a desconcentração do poder econômico e inibição de monopólios e do exagero de posição dominante.

1.2. Direito de Concorrência e Concentração econômica.

a) Conceituação

Duas são as expressões utilizadas intercambiavelmente: direito da concorrência e direito antitruste. Etimologicamente, a primeira deriva, proximamente, da palavra latina *concurrentia*, que, por sua vez foi formada pelo prefixo *com* (junto) e pelo verbo *currere* (correr). A última é composta pelo prefixo latino *anti*, que significa oposição e pelo vocábulo inglês *trust*, cuja acepção é crédito, confiança.

[12] "...os países da América latina, em maior ou menor grau, tiveram uma importante tradição de modelo de Estado interventor, o que refletiu, durante décadas, na resistência de setores governamentais e privados a uma ampliação da competência e escopo de políticas antitruste, que supões ênfase na livre concorrência, como forma de ajuste dos desequilíbrios de mercado." GHEVENTER, Alexandre. **Política Antitruste e Desenho Institucional**. Revista de Direito Econômico, CADE, nº 31, janeiro/julho de 2000, p. 168/169.

Em razão da preocupação ínsita relativa ao comportamento das empresas no mercado das instituições comerciais, certas jurisdições utilizam-se uma terceira terminologia: lei de restrição ao comércio.

Normas que viriam a se corporificar no direito concorrencial[13], cuja finalidade precípua é promover a eficiência econômica, começaram a ser editadas há cerca de cento e quarenta e cinco anos na América do Norte e daí se espraiaram. Hoje em dia, cerca de cem Estados possuem regras de direito concorrencial, aplicável, em princípio em seus respectivos territórios, e pelo menos cinquenta dispõem de órgãos próprios para sua aplicação. De sua parte, os organismos de cooperação econômica regional, por definição, não podem prescindir de tal direito.

A proteção dos concorrentes não se faz somente pelo direito concorrencial, mas também pela política da concorrência e pela advocacia da concorrência. A política da concorrência[14] (*competition policy*) é importante para a evolução e à hermenêutica do direito concorrencial. Para Hoekman e Mavroidis, política da concorrência é o conjunto de medidas utilizadas pelos governos para intensificar, valorizar o desafio dos mercados, inibindo ações privadas e governamentais; como, por exemplo, privatização de empresas estatais e medidas liberalizantes do comércio[15]. O evolver dessa política toma em consideração as pressões domésticas e as externas. "Parece haver consenso que o objetivo principal da política de concorrência é proteger a própria concorrência, ao regular práticas de comércio que agem contrariamente ao processo de competição". [16] Por seu turno, a

---

[13] Consoante a UNCTAD, os principais componentes da lei concorrencial são: (i) proibição de cartéis (...); (ii) controle de práticas verticais anticompetitivas; e (iii) controle e revisão das fusões e aquisições que podem incorrer na criação de empresa com poder dominante ou, em última instância, o estabelecimento de um monopólio". UNCTAD Closer multilateral cooperation on competition policy: the development dimension, Genebra, UNCTAD, 2002, p. 4

[14] "Apesar dos termos *política* e *lei* serem utilizados com o mesmo sentido em diversos países, Bernard Hoekman e Petros C. Mavroidis sugerem que o termo *política de concorrência* deva ser entendido como sendo as medidas utilizadas pelo governo para aprimorar a contestabilidade dos mercados. Ao restringir as práticas privadas e governamentais. A título de exemplo, a aplicação das políticas de concorrência pode variar da privatização de incorporações estatais, redução de subsídios e empresas específicas, redução das exigências de licenciamento para novos investimentos até a adoção de medidas para a liberalização do comércio. Em contrapartida, as leis de concorrência "são regras mantidas pelo governo para contra-atacar as tentativas de monopolização em um determinado mercado" e, geralmente, se referem a entidades ou empresas privadas." RODAS, João Grandino e Fried, Jonathan T., **Competition and Cartels in the Americas.** Washington D.C., General Secretariat of OAS, 2005, p. 5/6.
Hoekman, Bernarde Mavroidis, Tetros C., Economic Developmente, competition policy and the WTO, World Bank (Working Paper n. 2917), outubro 2002, p. 4.

[15] Ibidem p. 4

[16] RODAS, João Grandino e Fried, Jonathan T. **Competition and Cartels in the Americas**, Washington D.C., General Secretariat of OAS, 2005. p. 5/6. Hoekman, Bernarde Mavroidis, Tetros C., Economic Developmente, competition policy and the WTO, World Bank (Working Paper n. 2917), outubro 2002, p. 3.)

promoção da cultura da concorrência ou advocacia da concorrência (*competition advocacy*) é útil para se disseminar os ganhos trazidos pela concorrência, tanto preventivamente, pelo controle da concentração; quanto repressivamente, pela inibição de condutas restritivas concorrenciais. Não se pode esquecer por fim, o papel preponderante da cultura de concorrência para a proteção da concorrência. Daí a necessidade de criá-la onde ela não existe, mormente países em desenvolvimento; e de atualizá-la em países com tradição antitruste.

Direito concorrencial "é o conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir várias modalidades de abuso de poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade[17]".

Olhando do prisma econômico, Vaz tem para si ser a concorrência o "conjunto das atividades desenvolvidas pelos agentes econômicos com vistas a conquistar ou ampliar a sua participação em dado mercado de produtos e serviços"; enquanto que direito da concorrência é "o ramo do direito econômico composto por um grupo de normas e de instituições jurídicas destinado a reger as condutas dos agentes econômicos segundo os princípios constitucionais informadores das atividades econômicas"[18]

O desiderato desse ramo jurídico pode ser alcançado, indiretamente por normas, de caráter constitucional ou ordinário, relativas à proteção da iniciativa econômica privada e à liberdade contratual comercial; ou, de maneira direta, por regras, propriamente de direito concorrencial, que proíbam condutas, que limitem ou distorçam a concorrência.

b) Poder Econômico

O crescimento da empresa é, em princípio, benéfico, pois aumenta, diversifica e sofistica a produção, intensifica as eficiências econômicas, além de possibilitar inovações tecnológicas. Tal crescimento possibilita à empresa manter-se competitiva, tanto nacional, quanto internacionalmente. O poder econômico, adquirido, *inter alia*, por meio da utilização do poder financeiro, é o motor do crescimento da empresa. O poder econômico pode ser conseguido pela eficiência e crescimento internos da própria

[17] OLIVEIRA, Gesner e Rodas, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais/Thompson Reuters, 2013, p. 44.
[18] VAZ, Isabel. **Aplicabilidade do Direito da Concorrência**. Revista de Direito Econômico nº 32, CADE, julho/dezembro de 2001, p. 162.

empresa, o que é louvável. É possível alcançá-lo, de maneira ilícita, por meio de ações anticoncorrenciais, passíveis, entretanto de penalizações. Finalmente, uma forma de obtê-lo, mais rapidamente, é por meio da concentração empresarial, também denominada concentração econômica.

Normalmente tais concentrações implicam na mudança de controle econômico de um agente ou grupo de agentes para outro(s), podendo se dar de várias maneiras: aquisição, quando um ente passa a integrar outro por meio de compra; fusão, quando mais de um ente transformam-se em um único arcabouço societário; *joint ventures*, quando entes empreendem projeto comum, embora mantendo a independência. A concentração, em princípio, é fator positivo, em razão de propiciar alocação de recursos mais racional e menor custo de transação, além de gerar economia de escala e/ou de escopo. Caso, entretanto, gere alto índice de concentração em dado mercado e adense a posição dominante, far-se-á mister o controle de estruturas, para que a competição se mantenha.

Por meio da previsão de possíveis efeitos futuros nos mercados relevantes, com base em uma série de análises, a autoridade pode concluir pela prescrição de remédios estruturais ou comportamentais[19] apropriados: proibição integral da operação, venda de uma fábrica, obrigação de abastecer um concorrente etc.

O controle em questão pode ser exercido previamente ou *a posteriori*. Quando a operação somente puder ser efetuada após decisão final da autoridade, denomina-se prévia. Por sua efetividade, o controle prévio é o utilizado pela quase totalidade dos países possuidores de controle de concentração. Seu calcanhar de Aquiles, é a necessidade de as autoridades decidirem em tempo curto, pois paralisar a operação não se coaduna com o tempo econômico. É da natureza do controle *a posteriori*, possibilitar a conclusão da operação antes de a autoridade chegar a uma conclusão final. Isso implica em se estabelecer mecanismos para que as empresas não modifiquem os cenários, de tal modo

[19] "Os remédios antitruste são intervenções realizadas por autoridades de defesa da concorrência para contrabalançar efeitos anticompetitivos de um ato de concentração (AC). Trata-se de soluções intermediárias entre a aprovação incondicional e a reprovação total de determinada operação, que podem se mostrar mais eficientes e proporcionais do que uma das duas soluções extremas..." (...) Os remédios podem assumir a forma, por exemplo, de desinvestimentos de uma unidade de negócios completa ou de ativos específicos, de compromissos de garantia de acesso a infraestruturas ou tecnologias essenciais e de não discriminação, de proibição de relações de exclusividade, entre outras". CABRAL, Patrícia Semensato e MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE**. Revista de Direito Concorrencial, vol. 4 nº 1, maio de 2016, p. 58.

a frustrar decisão final das autoridades, que, no limite, pode ser o desfazimento da operação[20].

c) Funções preventiva e repressiva

A função corretiva da política de concorrência resume-se a quantificar, com relação a determinado caso, os danos ao interesse público, porventura ocorridos no respectivo mercado relevante[21]. Por seu turno, a função preventiva, realizada por meio do controle de fusões e aquisições, depende da formulação de hipóteses sobre acontecimentos futuros, prospectados com base em evolução provável das condições de concorrência. O controle de fusões não visa desconcentrar as indústrias ou diminuir o tamanho das empresas, mas sim impossibilitar o exercício do poder de mercado, contrariamente ao interesse público.

Uma concentração empresarial possui quatro elementos: existência prévia de ao menos dois agentes econômicos, com autonomia decisória; que importe em unificação econômica desses agentes; que haja modificação estrutural e de gestão; e que a unificação seja duradoura. Com base em tais elementos, ato de concentração empresarial, parafraseando Carmo[22], seria: realidade econômica, viabilizada pela realização de negócios jurídicos, por meio de que, duas ou mais empresas unificam-se decisória e economicamente, passando a atuar de maneira permanente como agente único, buscando a promoção de eficiências econômicas.

d) Classificação das concentrações

---

[20] MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento**: Uma contribuição jurídica para a análise de custo-benefício, Faculdade de Direito da USP, Dissertação de mestrado, 2008, s.c.p., p. 78/81.

[21] "A importância de uma acurada definição do mercado relevante foi inserida na doutrina antitruste a partir da introdução do paradigma estrutura-conduta-desempenho e, ao contrário das várias proposições já revistas, a relevância do tema permanece intacta. Entretanto, se a necessidade de uma delimitação precisa das fronteiras do mercado relevante é inquestionável, também parece o ser a sua dificuldade e as controvérsias técnicas que a envolvem, ainda mais tratando-se de mercados de produtos diferenciados". MARQUES, Fernando de Oliveira. **Aspectos Atuais do Mercadio Relevante**. Revista de Direito da Concorrência. Brasília 2003, p. 1.

[22] CARMO, Elieser Francisco Severiano. **O Controle Concorrencial de Concentração como Instrumento de Implementação de Política Pública Estatal**. Franca, 2008, UNESP, Dissertação de Mestrado, s.c.p., p. 69.

É tradicional a classificação das concentrações econômicas em: horizontais, verticais e conglomerados[23]. Há concentração horizontal quando empresas concorrentes e atuantes em um mesmo mercado relevante se juntam, diminuindo o número de competidores e aumentando o grau de concentração em dado mercado relevante. De um lado, essa espécie de concentração é tida como, potencialmente, a mais danosa às estruturas econômicas, por facilitar práticas como carteis, abuso de posição dominante etc. De outro, entretanto, as concentrações horizontais, graças à produção de escala e à especialização, são fontes primárias de eficiência econômica; benefícios esses que podem ser divididos com os consumidores.

Ocorre integração vertical quando empresas atuantes em mercados relevantes distintos, mas complementares, aglutinam-se. Uma indústria incorpora fornecedor de matéria-prima e/ou seu distribuidor, por aquisição direta; ou passa a atuar nesse mercado; buscando racionalização e eficiência, quer na produção (*before market*), quer na distribuição (*after market*). A eficiência minora os custos de transação (*transaction costs*). Embora, aparentemente, as integrações verticais pareçam, de maneira geral, lícitas e economicamente eficientes, são suscetíveis de criar, a longo prazo barreiras à entrada e gerar alto grau de concentração. Daí a preocupação antitruste, enfrentada no Brasil, ao tempo da Lei nº 8.884/1994, por seu § 3 º, que, pela regra do faturamento, submetia atos de concentração dessa espécie, à verificação concorrencial.

São conglomeradas as concentrações, não horizontais, nem verticais, em que agentes econômicos, oriundos de diferentes mercados relevantes integram-se para produzir bens, quer relacionados entre si, quer não; buscando, mormente, redução de custos. Mesmo inexistindo diminuição de agentes no mercado, em tese, é possível vir a existir conglomerados com potencialidade de impedir ou dificultar a concorrência. Em razão dessa particularidade, difícil é justificar o controle estrutural dos conglomerados, sendo mais factível e usual o controle comportamental, reprimindo-se o abuso do poder econômico.[24]

---

[23] Sobre concentrações econômicas, formas etc., ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As Estruturas**. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 266/305.

[24] CARMO, Elieser Francisco Severiano, **O Controle Concorrencial de Concentração como Instrumento de Implementação de Política Pública Estatal**. Franca, 2008, UNESP, Dissertação de Mestrado, S.C.P., p.74/85; OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª. Edição, São Paulo, Thomson Reuters e Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

e) Propagação do controle de concentração.

A substituição das unidades de produção de tipo familiar, por indústrias, iniciada em meados do século XIX provocou o início da concentração. Logo a seguir, ela seria incrementada pela expansão dos mercados, melhora dos transportes e surgimento de novas técnicas produtivas. Mais proximamente à atualidade, a liberalização da economia e a internacionalização tornar-se-iam motores do concentracionismo.

A propagação do controle de concentração, inicialmente influenciado por sua adoção pelos Estados Unidos da América e pela União Europeia, respectivamente em 1976 e 1989, recebeu grande influxo de duas ordens. De um lado por organismos internacionais, como: Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Rede Internacional de Concorrência (ICN); de outro, fruto de recomendação de tratado bilateral, regional ou multilateral. O FMI e outros bancos internacionais inauguraram a praxe de subordinar empréstimos à aprovação de lei concorrencial por parte do país tomador. O Banco Mundial e a OCDE[25], bem como a UNCTAD[26] colocaram à disposição dos Estado, leis-modelo, que englobam o controle estrutural. No que tange aos partícipes de tratado, basta lembrar a influência havida no Uruguai e Paraguai, por participarem no Mercado Comum do Sul - MERCOSUL; e no México em razão de ser membro do Acordo de Livre Comércio do Atlântico Norte - TLCAN. Como resultado, atualmente, cerca de noventa Estados possuem controle de estruturas, geralmente no bojo de uma lei antitruste: regra geral para países maduros, que se espraia para países emergentes.

f) Custos e benefícios do controle de concentrações.

Colocar em prática controle de estruturas, prévio ou a *posteriori*, implica em custos e benefícios. Há custos diretos associados à própria administração da política pública. Do lado governamental, os relativos à contratação, formação e manutenção do pessoal técnico que constitui a autoridade de defesa concorrencial; do lado privado, os ligados à seleção de informações necessárias, custos com assessoria jurídica, taxas

[25] OECD & World Bank. **A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy**, 1999.
[26] UNCTAD, Model Law on Competition. TD/RBP/CONF.5/7, 2, 2004.

processuais etc. Não se pode, ademais, deixar de levar em conta o custo intangível - capital político. Essa questão é particularmente complexa em razão de as políticas antitruste beneficiarem difusamente a coletividade[27], enquanto que os prejudicados são setores bem definidos: empregados e empresas.

[27] Ver: MAGALHÃES, Natácia Lopes, **As Fusões e suas Repercussões para os Consumidores e à Concorrência**. Revista de Direito da Concorrência, n. 24, setembro de 2011, p. 81/100.

CAPÍTULO II - CONCORRÊNCIA E CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

2.1. **Direito da Concorrência no Brasil.**

Episódio protagonizado por Delmiro Gouveia inspirou a criação e desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil. Tendo sido pioneiro em vários ramos, como o de centros comerciais à moda dos *shopping centers* (1899) e de hidrelétricas (1913), Gouveia estabeleceu a Agro Fabril Mercantil, uma fábrica de linhas em localidade do sertão de Alagoas, que hoje leva seu nome, para produzir linhas para costura, a partir da farta matéria prima da região, o algodão. Em 1916, a fábrica produzia, diariamente, quinhentos mil carreteis de linha de suas marcas Estrela e Barrilejo. Isso contrariou a empresa britânica *Machine Cotton*, que, com a marca Linhas Corrente, era monopolista nessa área; assim como alguns potentados regionais de então. Após uma série de peripécias duvidosas, a *Machine Cotton* adquiriu a fábrica de Delmiro, para destruí-la, jogando os respectivos destroços, inclusive o das máquinas, nas águas do Rio São Francisco. Não somente a fábrica concorrente se acabou; o próprio Delmiro Gouveia foi morto à bala, em 1917, ao cinquenta e quatro anos!

Enquanto vigiam os postulados do *laissez faire, laissez passer*, não se aceitava o intervencionismo estatal na economia; tendo a duas primeiras constituições brasileiras - a Constituição Imperial, de 1824 e a Constituição Republicana, de 1891 - perfilhado tal doutrina. Entretanto, a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, em seu artigo 115, dava ao Estado poderes para organizar a ordem econômica; além de falar em "economia popular", em seu artigo 117. A Constituição de 1937, nos artigos 135 e 141, daria um passo à frente, ao dar fundamento constitucional aos crimes contra a economia popular. Tais crimes foram tipificados pelos Decretos-lei números 431 e 869, ambos de 1938, com nítido objetivo de proteção do consumidor, mas que tiveram parca efetividade[28].

[28] "A defesa da livre concorrência no Brasil tem sua origem imiscuída na proteção à economia popular. Com efeito, é a percepção da lesividade das práticas abusivas descontroladas dos agentes econômicos, antes do que uma crença genuína da livre iniciativa e da livre concorrência, que levou à adoção de regras destinadas a, de alguma forma, proteger a integridade dos mercados nacionais". (...) "Foi mínima a aplicação dessa lei a problemas de concorrência, de modo que não é possível analisar nem a interpretação da proibição à concentração de empresas, nem o alcance do desenvolvimento de uma política de proteção à concorrência no seu âmbito". NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e**

Deve-se ao trabalho do Ministro da Justiça de então, Agamemnon Magalhães, a aprovação do Decreto-lei nº 7.666, de 1945, conhecido como Lei Malaia, tida como a primeira peça legislativa brasileira de cunho antitruste, por sua característica de repressão ao poder econômico. Esse decreto influenciado pelo *Sherman Act* e de natureza administrativa, não penal, antes mesmo de sua implementação, acabou revogada pelo Decreto-lei nº 8.167, de 1945, editado pelo presidente que sucedeu a Getúlio Vargas.

A Lei Malaia, que teve unicamente valor histórico, foi a primeira a usar a acrônimo CADE, para se referir a Comissão Administrativa de Defesa da Concorrência (órgão presidido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores e subordinado diretamente à Presidência da República), que teria tido competência para por em prática a referida lei. Esse diploma legal, em seus artigos 8º e 9º, estabeleceu o controle, prévio e obrigatório, de empresas de vários setores, com a finalidade, explicitada na exposição de motivos, de "impedir a formação de *trusts* e outras formas de agrupamentos prejudiciais ao comércio e à população".

O Decreto-lei nº 7.666/1945 introduziu o conceito de "abuso do poder econômico" no ordenamento jurídico brasileiro, influenciando fortemente a Assembleia Constituinte de 1946 e a Constituição Federal dela resultante. A Constituição Federal de 1946 concedeu dignidade constitucional ao direito antitruste e estabeleceu sua característica administrativa. Seu artigo 148 é lapidar: "A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões e agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".

Somente em 1962, a Lei nº 4.137, implementaria o determinado na Constituição de 1946. O histórico de sua tramitação foi longo e não linear. Foi proposta, inicialmente pelo deputado Agamemnon Magalhães, em 1948, tendo sido aprovado nesse

---

Globalização da Economia (O Controle da Concentração de Empresas). São Paulo, Malheiros, 2002, p. 218/219.

"... o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938 ... que tratava de crimes contra a economia popular, incluindo ilícitos anticoncorrenciais como a venda de mercadorias abaixo de preço de custo 'com o fim de impedir a concorrência'. Era também crime (inafiançável), punível com pena restritiva de liberdade de 2 a 10 anos e multa, 'promover ou participar de consórcio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio'. Vê-se, portanto, uma preocupação com a concentração empresarial desde ao menos 1938, período em que o controle se dava a posteriori e no campo criminal, a cargo do Tribunal de Segurança Nacional". MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento: Uma contribuição jurídica para a análise de custo-benefício**. Faculdade de Direito da USP, Dissertação de mestrado, 2008, s.c.p., p. 145.

mesmo ano, pela Comissão de Constituição e Justiça. Seu tom principal era, à semelhança da legislação norte-americana, lutar contra o poder dos grandes grupos econômicos em prol do consumidor, utilizando-se de meios administrativos e judiciais, que propiciassem a liberdade de mercado e a concorrência. Enquanto que o Decreto-lei nº 869/1938 objetivava dar guarida às classes médias e rurais, a Lei nº 4.137/1962 buscava possibilitar a manutenção de política governamental e a proteção do consumidor em geral. Tal proteção far-se-ia, também, por meio do controle de concentração de empresas, tratado em seus artigos 2º e 74[29]. A despeito de sua potencialidade, essa lei foi parcimoniosamente implementada, pois as circunstâncias fizeram com que fosse tomado rumo diverso.

As Leis números 1.521 e 1.522, de 26 de dezembro de 1951, respectivamente, modificaram a lei em vigor sobre crimes e contravenções penais contra a economia popular; e, criou a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), transformada, posteriormente na Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB); permitindo-se, em suma, tanto a fixação, quanto o controle de preços pelo Estado.

O filho de Agamemnon, deputado Paulo Magalhães, reapresentou, em 1955, o mesmo projeto de 1948. Substitutivo desse projeto, com a relatoria do deputado Adaucto Cardoso foi aprovado em 1957. Entretanto, a Lei nº 4.137 somente seria promulgada em 10 de setembro de 1962[30]. Apesar de ter criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - órgão judicante administrativo, com jurisdição em todo o território nacional - e tipificado casos de abuso de poder econômico, além de ter estabelecido regras administrativas e processuais, não foi essa lei tão efetiva como se esperava, muito provavelmente pelos momentos conturbados, política e economicamente, por que o Brasil então passava. Certamente, inflação alta e presença

---

[29] "... determinados tipos de concentração e cooperações econômicas estavam sujeitos a dois tipos de controle: em prévio, no início do controle de estruturas previsto no artigo 74, e outro a posteriori, no âmbito do controle de condutas anticompetitivas previsto no artigo 2º. Não era qualquer tipo de ato entre empresas que exigia o controle prévio. Mas apenas aqueles que preenchessem as condições (subjetivas, há que se dizer, sem presunção de lesividade) do artigo 74. Como os efeitos esperados de uma concentração não são aqueles enumerados nas alíneas do artigo 74, e no juízo de discricionariedade do CADE, a jurisprudência foi evoluindo para o registro prévio restrito essencialmente a cooperações econômicas entre concorrentes, contrato de distribuição que impunham restrições a concorrentes e de exclusividade". MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento**: Uma contribuição jurídica para a análise de custo-benefício, Faculdade de Direito da USP, Dissertação de mestrado, 2008, s.c.p., p. 151/152.

[30] "O direito antitruste só aparecerá em 1962 com a lei de concorrência (lei 4.137, de 10.9.1962), que, não por acaso, tem como grande novidade exatamente a introdução do ilícito de dominação dos mercados (o único verdadeiramente novo, pois abuso de posição dominante e concorrência desleal – este último ao menos em sua vertente privatista, de proteção ao concorrente – já existiam antes desse texto legal)." SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. As Condutas, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 14.

vigorosa do Estado, que controlava preços, estimulava a substituição de importações[31] e protegia a indústria nacional, não era cenário propicio para a defesa da concorrência[32]. Inobstante, na vigência dessa lei, um número expressivo de averiguações preliminares foi instaurado perante o CADE, tendo, parcialmente, as respectivas decisões sido suspensas pelo Judiciário[33].

As Constituições Federais de 1967 e de 1969 continuaram a ostentar o princípio da repressão ao abuso do poder econômico e recepcionaram a Lei nº 4.137/1962. Foi nesse período que o CADE desponta no cenário nacional, criando interesse pelas suas decisões.

---

[31] A "atuação discricionária do CADE teve de que se adaptar à política de desenvolvimento concentracionista levada a efeito pelos governos militares pós-1964, principal causa da reduzida eficácia material da lei 4.137, de 1962. Com efeito, a estratégia desenv9lvimentista de substituição de importações escolhida pelo Brasil décadas antes ganhou novo impulso com o regime militar quando investimentos diretos do Estado, créditos esterno e incentivos fiscais e financeiros combinaram-se numa política concentracionista. Os estímulos a esse fim foram explicitados nos Planos Nacionais de Desenvolvimento, PND I e II, estabelecidos, respectivamente, pelas leis 5.727, de 1971, e 6.151, de 1974. Criou-se um esquema de incentivos fiscais para as fusões, incorporações e abertura de capital de empresas, a serem aprovadas pela Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE), criada pelo Decreto-lei 1.182, der 16.7.1971, e fundos especiais no âmbito do BNDE, destinados a incentivar o agrupamento das empresas, a fim de a indústria brasileira superar a posição desvantajosa perante os concorrentes estrangeiros. A jurisprudência desenvolvida pelo CADE, e mesmo pelo Judiciário, para lidar com essa situação amoldava-se à essa política." NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização da Economia** (O Controle da Concentração de Empresas). São Paulo, Malheiros, 2002, p. 221/222.

[32] "A lei nº 4.137 de 1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, com a finalidade de implementar o primeiro tribunal de defesa da concorrência no país. A exemplo das disposições normativas anteriores, esse diploma legal não teve grande aplicabilidade. Logo após sua promulgação, o Brasil entrou num longo período de ditadura militar, que inaugurou uma política de intervencionismo extremado, envolvendo controle de preços e substituição de importações. Durante esse período vigoraram as Constituições de 1967 e 1969, que enfatizavam a segurança do Estado.

A política de intervenção estatal gerou um modelo econômico em que não havia concorrência e, portanto, não havia maior sentido em se ter um sistema de defesa da concorrência, quiçá, um sistema efetivo. Além dessa questão (que representava uma opção política do governo à época), frequentemente as decisões proferidas pelo CADE eram questionadas no Poder Judiciário, que as revestia, tornando a competência daquele órgão inócua, ao impedir a aplicação de multas e sanções aos agentes econômicos condenados." RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. Revista de Direito da Concorrência nº, CADE, 2005, abril/junho, p. 20.

"A experiência brasileira é particularmente interessante ... por ser uma mostra viva de que sem a implementação de outras reformas capazes de incrementar a concorrência de forma mais efetiva (com foco especial na eficiência dinâmica), uma lei antitruste pode fazer pouco para promover a rivalidade no mercado e incrementar o bem-estar agregado". MARTINEZ, Ana Paula. C**ontrole de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento**: Uma Contribuição Jurídica à Análise de Custo-Benefício, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, S. C. P. São Paulo, 2009, p. 142.

[33] "Ao contrário de que se possa pensar, não é insignificante o número de averiguações preliminares que se fez proceder durante a vigência da Lei nº 4.137 de 1962. Não obstante, até 1975, apenas onze processos haviam sido julgados pelo CADE, e em apenas um a prática foi considerado abuso de poder econômico." (...) "A grande maioria das decisões do Conselho acabou por ter seus efeitos suspensos em decorrência de mandados de segurança impetrados pelas empresas condenadas na esfera administrativa." FORGIONI, Paula A., Os Fundamentos do Antitruste, 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 116.

O artigo 170, inciso IV, da vigente Constituição Federal, de 1988, mencionou entre os princípios da ordem econômica, a livre concorrência; tendo parafraseado o artigo 148 da Constituição de 1946, em seu artigo 174, § 4º"[34].

A ordem econômica constitucional compreende os dispositivos do Título VII da Constituição – Da Ordem Econômica e Financeira –, outras regras esparsas na própria Lei Maior e disposições legais infraconstitucionais. No sistema constitucional há princípios e regras, de naturezas diversas, cujo equilíbrio possibilita o equacionamento de interesses virtualmente colidentes. Esse conjunto, por seu turno, pode assumir valores políticos e ideológicos, possibilitando às normas constitucionais evoluírem; influenciando, por sua vez, quer a interpretação, quer a edição de normas ordinárias. Os princípios tidos como os mais importantes para a aplicação da lei concorrencial, e que, por vezes podem estar tensionados conflitivamente, além da livre concorrência mencionado acima, são: livre iniciativa, contenção do abuso do poder econômico; estímulo à eficiência econômica e satisfação do consumidor.[35]

No final da década de 80 do passado século, o controle e a forte regulação começam a dar lugar à liberalização e a desregulação. A liberalização comercial fez diminuir as barreiras tarifárias e não-tarifárias, além de abrir a indústria nacional à competição internacional. A privatização e a desregulação de importantes setores econômicos, que deixam de ser monopólios naturais, exigem novas estruturas regulatórias. Com a estabilidade monetária, o consumidor pode perceber o real valor dos bens e serviços e o papel da concorrência na economia. O cenário está assim preparado para nova regulamentação jurídica[36].

---

[34] Art. 174, § 4º: "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".
"A livre concorrência constitui princípio basilar que informa o sistema político econômico do Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse quadro, inclui-se a atividade consagrada aos Estados de preservar o ambiente concorrencial, oferecendo segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem ou venham a operar, impedindo que práticas danosas ao sistema da livre iniciativa prosperem e frustrem os resultados que dela se esperam.
Essa modificação de comportamento coincide com o surgimento do fenômeno da globalização da economia, em que se registrou aumento significativo de aquisições, fusões e incorporações de empresas, em todo o mundo, fazendo com que decisões paradigmáticas em tempos passados se mostrassem impróprias para regular concentrações empresariais motivadas por realidades distintas, antes desconhecidas". NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. **A Natureza jurídica dos compromissos de cessação realizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Revista de Direito Econômico, nº 31, CADE, 2000, jan./julho, p. 119.
Ver também: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Direito econômico na Constituição**. Revista de Direito Econômico nº 27, CADE, janeiro/julho de 1998, p. 73/82.
[35] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização da Economia** (O Controle da Concentração de Empresas), São Paulo, Malheiros, 2002, p. 232/251.
[36] GHEVENTER, Alexandre. **Política Antitruste e Desenho Institucional**. Revista de Direito Econômico, CADE, nº 31, janeiro/julho de 2000, p. 171.

Plasmada por decretos e medidas provisórias anteriores, a Lei nº 8.158/1991 criou a Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico (SNDE), órgão de Governo ligado ao Ministério da Justiça, dando-lhe competências de apuração e repressão concorrentes com as do CADE (órgão de Estado), cuja única competência privativa remanescente foi a de julgar. Tal retrocesso tornou patente a necessidade de uma nova lei antitruste, materializada na promulgação da Lei nº 8.884/1994[37]. Essa lei originou-se do Projeto de Lei nº 3.712/1993 do Poder Executivo, que, emendado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, tomou o nº 3.712-A, de 1993. Na exposição de motivos nº 184, de 24 de abril de 1993, do Ministro de Estado da Justiça, é dito que o projeto foi preparado, por comissão especialmente constituída, para: "o aperfeiçoamento e a consolidação da legislação sobre defesa da concorrência e abuso do poder econômico, visando à fixação de novo modelo institucional que propicie melhor ação governamental nesse campo, em proveito do exercício integral da cidadania".

"A Lei 8.158, de 1991 reforçou (…) os mecanismos de controle prévio de atos potencialmente prejudiciais à livre concorrência, atribuindo ao Executivo a possibilidade de uma interferência preventiva para a coibição de práticas lesivas ao mercado. A lei antitruste avançava com isso, mais um passo no sentido de um caráter regulador da economia e da promoção da livre concorrência, inserindo-se mais claramente num quadro de direito econômico, ao invés de permanecer dentro dos limites mais rígidos das normas de caráter penal, que, anteriormente tratavam da defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. (...) Essa mudança de percepção da lei é evidente pelo fato de deixar de tratar as operações de concentração econômica ... como práticas ilícitas *a priori*. A ilicitude, na nova redação do art. 74, configurava-se apenas nos casos de operações entendidas pela autoridade como tendentes à limitação ou redução da concorrência e que ao mesmo tempo, não satisfizessem as condições estabelecidas para a sua aprovação ..." NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização da Economia** (O Controle da Concentração de Empresas), São Paulo, Malheiros, 2002, p. 224.

"A posição do Brasil em termos de concorrência hoje pode ser justificada pela agenda econômica liberal que norteou a ação governamental a partir da década de 90. No início da referida década, após a crise dos anos 80, a economia brasileira passou por um intenso plano de reforma, com liberalização comercial, reforma tributária, adoção de política fiscal mais severa, controle da inflação, privatização e desregulamentação dos mercados, com abandono de modelos anteriores que pouco favoreciam a concorrência (como o modelo de substituição de importações e controle de preços). E foi nesse pacote de reformas que foi promulgada (a Lei nº 8.884/94), com um sistema obrigatório de concentrações e cooperações econômicas". MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento**: Uma Contribuição Jurídica à Análise de Custo-Benefício, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, S. C. P. São Paulo, 2009, p. 143.

[37] "De modo a operacionalizar a defesa da concorrência, a Lei nº 8.884 dividiu as suas funções em vertentes preventiva e repressiva. A vertente preventiva diz respeito ao controle, por parte dos órgãos de defesa da concorrência, de operações de grande porte (fusões e aquisições, entre outras), denominadas atos de concentração econômica, que podem ter impacto na concorrência. Os artigos 54 e seguintes da lei regulam o procedimento de submissão dos atos de concentração para análise dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros. Como medida de controle estrutural, os órgãos podem aprovar, impor restrições ou mesmo determinar a desconstituição da operação, caso ela seja irremediavelmente lesiva à concorrência.

Já a vertente repressiva se refere à punição das práticas anticompetitivas. A lei nº 8.884 condiciona a ilicitude dessas condutas à produção, efetiva ou potencial, de danos à concorrência". RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. Revista de Direito da Concorrência nº 6, CADE, 2005, abril/junho, p. 23.

A orientação básica do projeto foi a de aproveitar o que de satisfatório contivesse a legislação vigente, objetivando aperfeiçoamento de critérios e procedimentos para a respectiva aplicação. Pontos de estrangulamento existentes na legislação deviam ser superados: (i) necessidade de quadros especializados, com conhecimentos técnicos especializados, que possam, permanentemente, coletar informações, que ajudem na identificação dos ilícitos econômicos; (ii) dotar o órgão administrativo de instrumentos processuais apropriados, mormente de procuradoria, que velem por aspectos legais e processuais; (iii) estabelecer meio que permitam a cessação de ações abusivas, por meio de compromisso; (iv) configuração legal adequada de certos tipos de abuso, como o aumento arbitrários de preços; (v) configuração mais apropriada da competência dos órgãos encarregados do processo administrativo.

Com base nesse pressuposto, alterações foram propugnadas: transformar o CADE em autarquia, com competência de requisitar servidores; dotá-lo de um procurador-geral e de procuradores; conceder a SDE competência para fiscalizar setores monopolizados e oligopolizados; tornar as decisões do CADE não passíveis de revisão no âmbito do Poder Executivo e executórias judicialmente; criar compromisso de cessação; redefinir os critérios de aplicação de multas; tipificar o aumento abusivo de preços, como forma de abuso do poder econômico; e redefinir as competências do CADE e da SDE.[38]

A Lei nº 8.884/1994 foi responsável pela tríade: Seae, SDE e CADE, pois atraiu a Secretaria de Acompanhamento Econômico para o seio dos órgãos concorrenciais, fixando as respectivas competências. Além disso, valorizou o CADE, transmutando-o em autarquia federal e tornando suas decisões terminativas, na esfera do Executivo. Durante a vigência da lei em comento, que sofreu várias alterações e adições, a concorrência no Brasil atingiu a maioridade, passando a ter relevância internacional. O aperfeiçoamento legislativo mais conspícuo de tal período foi a introdução da delação premiada, sob a forma dos acordos de leniência. A existência de três órgãos foi minimizada pela colaboração entre eles, que resultou, entre outras coisas, no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Portaria Conjunta Seae/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001)[39] e do procedimento sumário, desses mesmos órgãos, para

[38] Diário do Congresso Nacional, Seção I, 13 de maio de 1993, p. 9629.
[39] Publicada no Diário Oficial da União nº 158-E,17 de agosto de 2001, Seção 1, p.12/15.
Em 1982, as autoridades norte-americanas adotaram guia para a análise de fusões (Merger Guidelines), com base no modelo ECD; de que o exercício de poder de mercado somente é possível, se a indústria tiver três características: grau elevado de concentração, significativas barreiras à entrada e pequena elasticidade

análise de atos de concentração (Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 01, de 18 de fevereiro 2003)[40]; bem como no rito sumário de julgamento adotado pelo CADE.

A vigente Lei nº 12.529/2011, já vinha sendo pensada e discutida desde os últimos anos do passado século. Foram antecedentes da lei em questão, o Projeto de Lei nº 3.045 de 2003, do Deputado Fernando Gabeira e o Projeto de Lei nº 3.937 de 2004, do Deputado Carlos Eduardo Cadoca. A justificação deste projeto feita por seu proponente, singularizava a importância da estruturação do CADE, de modo a permitir a "introdução da notificação prévia e da não concretização da operação até o julgamento do CADE"; alteração nos critérios de notificação; a necessidade de aperfeiçoar a descrição de condutas do artigo 21, para aumentar a segurança jurídica; aplicação da análise de custo-benefício ou "regra da razão" com base na análise econômica; aperfeiçoar a definição das penalidades previstas no artigo 24, incisos IV e V; valores não mais em Unidade Fiscal de Referência (UFIR), mas em reais, delegando-se ao Executivo prerrogativa de atualização, por meio de decreto; abolição do critério de notificação, com fundamento no domínio de parcela de mercado relevante de vinte por cento; e possibilidade de acordo entre o CADE e as requerentes, no âmbito do controle de atos de concentração[41].

Com a aprovação da Lei nº 12.529/2011, houve não somente mudança e aperfeiçoamento estrutural, adoção do controle prévio dos atos de concentração e obrigatoriedade de notificar os contratos associativos, mas também forte mudança na maneira de punir[42].

---

preço-demanda. Com isso o tratamento das concentrações verticais foi facilitado. Nos anos 90, muitos países com tradição em concorrência, passaram a adotar guias similares. Enquanto o guia norte-americano pretende ser mera metodologia de análise, podendo até mesmo ser ignorado, o guia adotado no Brasil é impositivo, pois afirmam que "procedimentos e princípios articulam as principais etapas da análise antitruste e procuram ser, na prática, uns instrumentos de aplicação da regra da razão". Ver: ARAUJO JR., José Tavares de, **Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil**: o Controle de Fusões e Aquisições, Revista de Direito da Concorrência nº 9, CADE, janeiro/julho de 2006, p. 71/73; e BAGNOLI, Vicente, **Breve Abordagem Comparada Teórico-Prática. Dos Aspectos Concorrenciais das Concentrações Verticais e a Contribuição de Steven Salop**, Revista do IBRAC, vol. 13, número 1, 2006, p. 234.

[40] O período 1995/2005 da história do SBDC registrou um processo contínuo de aprimoramento, em contraste com o período de 1963-1994, quando o direito da concorrência existia apenas no plano das formalidades jurídicas. (...) o SBDC conferiu prioridade crescente à repressão de condutas anticompetitivas, que é o foco principal da legislação de economias maduras. Em segundo lugar, reduziu significativamente o tempo médio dispendido na análise dos atos de concentração, sobretudo após a edição do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (SEAE/SDE). Introduzido pela SEAE em 1999 e atualizado em dição conjunta com a SDE, em 2002, o guia tornou mais transparentes os procedimentos e critérios que orientam as decisões das autoridades antitruste" ARAUJO JR., José Tavares de, **Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil:** o Controle de Fusões e Aquisições. Revista de Direito da Concorrência nº 9, CADE, janeiro/julho de 2006, p. 64.

[41] Diário da Câmara dos Deputados, 17 de agosto de 2004, p. 35.180.

[42] Ressalta Paula Forgioni que com a promulgação da Lei nº 12.529/211 do "ponto de vista material, pouco se alterou, com a manutenção dos critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais." (...) "... cumpre destacar as principais inovações: - Reestruturação do SBDC. - Imposição de dever de apresentação

Consoante a nova lei, são órgãos do CADE a Superintendência-Geral, o Departamento de Estudos Econômicos e o Tribunal Administrativo. O Departamento de Proteção e Defesa Econômica, que fazia parte da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça foi integrado à estrutura do CADE. Por seu turno, a SEAE passou a exercitar a *competition advocacy*, deixando de instruir processos antitruste.

O ponto mais discutido da nova lei, foi o controle prévio, que gerou a necessidade de maiores adaptações do sistema e das normas, principalmente no referente a regramento claro sobre o sigilo e a confidencialidade dos documentos fornecidos pelas empresas. Manteve-se a necessidade de análise em conformidade com a regra da razão, não sendo possível apenar os ilícitos *per se*.

As multas passaram a variar entre 0,1 a 20% do valor do faturamento da empresa, grupo ou conglomerado, apurado no ramo de atividade em que houve o ilícito[43]. Tem-se creditado às mudanças trazidas pela Lei nº 12.529/2011, maior eficiência ao processo de análise de atos de concentração[44]

2.2. Legislação brasileira sobre concentração econômica

Os atos de concentração econômica podem assumir várias formas: aquisições, fusões, incorporações, *joint ventures* etc. Quando os partícipes em determinada concentração pertencem a um mesmo mercado, a concentração é horizontal. Será vertical, a concentração de empresas de uma só cadeia produtiva, cujo relacionamento seja fornecedor-produtor-cliente. Quando as empresas não pertencerem nem a um mesmo mercado, nem houver relacionamento vertical, haverá conglomeração.

---

prévia dos atos de concentração... - Aumento do poder da Administração Pública... - Modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica ... - Aumento dos recursos materiais à disposição do SBDC". FORGIONI, Paula, A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 123/124.

[43] Sobre a aplicação de multa por intempestividade na apresentação da operação de concentração, ver: NERY, Daniel Christianini**. Prescrição e Decadência na Análise dos Atos de Concentração**. Brasília: Revista de Direito da Concorrência, 2009, p. 1

[44] Ver CARVALHO, Júlia Mendes. **A nova lei de concorrência e o impacto de suas mudanças nas análises de concentração pelo CADE**. Revista de Defesa da Concorrência, vol. I, nº 2, novembro de 2013, em especial o item 4: O impacto das mudanças geradas pela nova lei da concorrência na gestão do CADE, p. 141/146.

Como já se viu, as primeiras leis com preocupação concorrencial, no Brasil, datam do terceiro decênio do passado século e legislação dotada de regras administrativas e processuais, bem como a criação de órgão julgador, o CADE, são de 1962. Entretanto, devido à ausência de pressupostos indispensáveis, como estabilidade econômica e mercado aberto ao exterior, somente em meados dos anos 90, pode-se falar em real aplicação de direito antitruste no Brasil. Nesse cenário, promulgou-se a Lei nº 8.884/1994, a primeira a versar sobre atos de concentração no Brasil.

a) Lei nº 8.884/1994

O Título VII da Lei nº 8.884/1994 em comento é dedicado às Formas de Controle, apresentados em dois capítulos: o Capítulo I intitulado "Do Controle de Atos

Contratos", que abriga os artigos 54 a 57[45]; e o II, "Do Compromisso de Desempenho", com um único artigo, o 58[46].

---

[45] Redação atualizada em 29 de novembro de 2011 dos artigos abaixo da lei nº 8.884/1994:
Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.
§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:
I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:
a) aumentar a produtividade;
b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.
§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.
§ 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). (Vide Medida Provisória nº 2.055-4, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)
§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)
§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.
§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)
§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)
§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.
§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.
§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.
[46] Redação atualizada em 29 de novembro de 2011 dos artigos abaixo da lei nº 8.884/1994:

As grandes linhas do artigo 54 (em sua redação atualizada de 2011) são as seguintes. Determina a submissão ao CADE, de quaisquer atos, que visem à concentração econômica, passíveis de prejudicar a livre concorrência, resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, em que haja participação de empresa ou grupo econômico, em vinte por cento de mercado relevante; ou em que, qualquer partícipe tenha tido faturamento bruto anual de quatrocentos milhões de reais (*caput* e § 3º). Essa submissão deve ser feita, acompanhada de documentação, previamente ou em quinze dias úteis de sua realização, sob pena de multa e abertura de processo administrativo (§§ 4º e 5º). Os atos constantes do *caput* poderão ser aprovados pelo CADE quando aumentem a produtividade, melhorem a qualidade de bens ou serviços ou ensejem eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico; benefícios esses equitativamente distribuídos entre empresas e consumidores e que não eliminem substancialmente o mercado relevante. Quando houver razão de economia nacional e do bem comum, não será necessário o atendimento de todas as condições acima (§§ 1º e 2º). A aprovação de um caso retroagirá à data de sua apresentação. Sua não aprovação implica na desconstituição "por distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades" etc., além de perdas e danos de terceiros (§ 9º).

Acerca dos aspectos procedimentais do artigo em tela, ressalte-se o seguinte. Uma vez submetida a operação e respectiva documentação à SDE, esta encaminhará vias para o CADE e para a Seae. A SDE, recebido o parecer técnico da Seae, fará sua manifestação e remeterá o processo para o julgamento do CADE. Os prazos de trinta dias para a Seae e a SDE emitirem pareceres e de sessenta dias para o CADE decidir, ficarão suspensos aguardando "esclarecimentos e documentos imprescindíveis para a análise", que tais órgãos tenham requerido (§§ 4º, 6º e 8º).

O artigo 55 explicita a revisão da decisão aprobatória do CADE, quando tiver sido fundamentada em informações falsas ou enganosas ou não tiverem sido cumpridas obrigações assumidas ou inalcançados os benefícios pretendidos.

Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. (Vide Lei nº 9.873, de 23.11.99)

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.

No período compreendido pela vigência da Lei nº 8.884/1994, o artigo 54 evoluiu redacionalmente nos pontos a seguir descritos.

Originalmente o § 3º referia-se a 30 % ou mais do mercado relevante e a cem milhões de UFIR ou unidade de valor superveniente.[47] Por força da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, o percentual do mercado relevante foi reduzido para vinte por cento. A Medida Provisória nº 1.620-34, de 12 de fevereiro de 1998, passou a denominar o faturamento bruto anual em reais, o que foi mantido pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

Em sua versão original[48], o § 4º mandava enviar uma cópia à Secretaria de Política Econômica (SPE); tendo esse encaminhamento sido mudado para a Seae, pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995.

A única alteração sofrida pelo § 6º foi a substituição do SPE pela Seae, no que tange ao recebimento do parecer, em razão da Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995.

No § 7º[49], verificou-se apenas mudança redacional consistente em remissão ao prazo estipulado no parágrafo anterior, por força da Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995. O art. 55 manteve sua redação original.

Com o objetivo de assegurar mais produtividade, o incremento da qualidade de bens e serviços, além de eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, o CADE, levando em consideração circunstâncias relevantes, estabelecerá compromisso de desempenho, com prazos e metas, qualitativas ou quantitativas; cujo descumprimento sem justificativa acarretará a revogação da aprovação e a proposição de processo administrativo (artigo 58, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º).

Com referência à evolução da redação do artigo 58, deve-se pontuar que, em razão da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, fica suspensa a prescrição durante a vigência dos compromissos de cessação ou de desempenho, nele previstos.

---

[47] § 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 trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de Ufir, ou unidade de valor superveniente.

[48] § 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.

[49] § 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo de trinta dias estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

Dentre as resoluções aprovadas pelo CADE, no período de vigência da Lei nº 8.884/94, relacionam-se com concentração de empresas as seguintes:

A Resolução, do CADE, nº 5, de 28 de agosto de 1996[50], versa sobre o Requerimento, os Documentos, as Informações e o Procedimento dos atos contidos no artigo 54, da Lei n° 8.884/1994.

O requerimento, em que se explicite resumo da operação e de sua forma, deverá ser, via de regra, acompanhado de rol de documentos discriminados nos artigos 13 e 14 da Resolução. Os documentos, obrigatoriamente em língua portuguesa, deverão ser declarados verdadeiros e autênticos pelas partes. Modificações posteriores aos dados originalmente informados, deverão ser suplementados. Em caso de notificação prévia, a parte deverá, ainda, afirmar sua intenção de realizar a operação. Em se realizando a operação, o CADE deverá ser informado, bem como apresentada a devida documentação. É possível requerer-se sigilo sobre informações e documentação juntadas. Em até quarenta e oito horas após o protocolo do requerimento, será distribuído o processo.

Finda a audiência, e com a concordância dos órgãos envolvidos, o Relator, poderá fixar pontos a serem esclarecidos, bem como documentos ainda necessários, podendo indicar aspectos a serem eventualmente analisados. Na falta de consenso, diligências poderão ser determinadas. Audiências suplementares e reuniões poderão ser convocadas. Análise preliminar poderá ser feita pelo Relator, com vistas às partes e aos órgãos. Juntado o parecer da Procuradoria, pede-se inscrição na pauta e envio do relatório e minuta do voto aos demais conselheiros. O pedido de reapreciação de ato não aprovado, dirigido ao Relator, poderá ser feito frente a um fato novo, e perdura pelo tempo necessário. Por fim, o Relator encaminhará seu relatório e minuta de voto aos demais e solicitará a inscrição na pauta para a sessão que deliberará sobre o pedido.

A Resolução CADE n° 6, de 2 de outubro de 1996[51], regulamenta a prioridade no julgamento pelo seu Plenário, concedendo-a aos atos e contratos previstos no artigo 54 da Lei nº 8.884/1996; apresentados previamente ou sob condição suspensiva; decorrido prazo de sessenta dias ou com instrução encerrada; recurso voluntário de medida preventiva; e derivados do Programa Nacional de Desestatização (PND).

[50] Publicada no DOU, Seção I, nº 170, de 2 de setembro de 1996, p. 17036.
[51] Publicada no DOU, Seção I, nº197, de 10 de outubro de 1996, p. 20295.

Já, a Resolução CADE n° 7, de 9 de abril de 1997[52], tendo em conta a implementação do PND (Lei nº 8.031/1990), a competência do Plenário do CADE para apreciar atos relativos ao artigo 54, da Lei nº 8884/94 e a aplicação das medidas relacionadas à ordem constitucional econômica; deu-se prioridade ao julgamento de atos e contratos do artigo. 54, da Lei nº 8.884/94, provenientes do PND.

A Resolução CADE n° 8, de 23 de abril de 1997[53], instituiu a elaboração de relatório simplificado relativo aos requerimentos do artigo 54, que havia sido regulamentado pela Resolução nº 5 do CADE, de 28 de agosto de 1996, o Conselheiro Relator, recebido o processo instruído pela SDE, e não havendo possibilidade de prejuízo à concorrência, poderá elaborar relatório simplificado, em que constará: identificação das interessadas, descrição da operação, além da caracterização e padrões concorrenciais do mercado relevante. Ouvida a procuradoria, seguir-se-á sua inclusão na pauta de julgamento.

A Resolução CADE n° 15, de 19 de agosto de 1998[54], por seu artigo 16, revogou expressamente a Resolução n° 5/97 e a substituiu. Seus pontos principais são: O requerimento para autorização de ato ou contrato, acompanhado de documentos e informações descritos no anexo I, deverá, possivelmente, ser apresentado conjuntamente pelas requerentes. O momento da realização da operação, será, via de regra, o do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes. Qualquer alteração posterior, deverá ser informada (artigos 1º, 2º e 3º). A distribuição do processo far-se-á na primeira sessão de distribuição. O Conselheiro Relator, em até sessenta dias da distribuição, ouvida a Seae e a SDE, informará da necessidade de instrução complementar. Sendo esta necessária, determinará a prestação das informações do anexo II, ou outras mais convenientes. O Relator, por despacho, a ser referendado pelo Plenário, e, com o anexo III preenchido, poderá tratar o ato ou contrato consoante o §7º do artigo 54, da Lei nº 8.884/94 (artigos. 4º,7º e 8º).[55]

Decisão plenária, denegatória ou aprovada condicionalmente, poderá ser reapreciada pelo CADE, em havendo fato ou documento novos, que vieram à tona após

[52] Publicada no DOU, Seção I, nº 39, de 25 de fevereiro de 2014, p. 91.
[53] Publicada no DOU, Seção I, nº 79, de 24 de abril de 1997, p 8252.
[54] Publicada no DOU, Seção I, nº 165-E, de 28 de agosto de 1998, p. 1
[55] Lei n° 8.884/94 – Art. 54, § 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

a data do julgamento, mediante pedido encaminhado ao conselheiro que proferiu o voto condutor, em sessenta dias ou no prazo fixado para desconstituição do ato ou para manifestação sobre as condições de aprovação (artigos. 10, 11 e 12). Serão indeferidos liminarmente os pedidos de reapreciação, quando intempestivos; na falta de satisfação dos requisitos e em caso de pretensão manifestamente improcedente (arts. 13 e 14). Quando os atos ou contratos de alguma maneira envolverem agências de regulação, serão utilizados procedimentos conjuntos (art. 15).

Consoante Resolução CADE n° 17, de 4 de novembro de 1998[56], os processos aprovados por decurso de prazo serão publicados mensalmente. Tal é feito, segundo modelo do anexo I, com o intuito de "conferir plena segurança e certeza jurídica". Com o objetivo de uniformizar critérios para a definição do valor de multa a ser aplicada por intempestividade na apresentação de um ato de concentração, conforme a Resolução CADE n° 36, de 19 de maio de 2004[57], aplicar-se-á multa pecuniária com base no artigo 27, da Lei nº 8.884/94, levando em conta os seguintes critérios: perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores e terceiros, avaliado em dias de atraso; potencial de dano à concorrência, espontaneidade da apresentação, reincidência, valor da operação e situação econômica dos requerentes. Sessenta mil UFIR e seis milhões de UFIR são, respectivamente, o mínimo e o máximo legal da multa a ser aplicada. O teto da multa é o valor da operação (artigos. 1º, 2º e 3º).

Dentre as resoluções revogadas pela Resolução CADE n° 42, de 10 de maio de 2006[58], encontram-se as seguintes, relacionadas com concentração econômica: 6ª , 7ª, 8ª e 17, acima referidas.

Resolução CADE n° 44, de 14 de fevereiro de 2007[59], a multa referida no § 5° do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, será calculada da seguinte maneira: multa base, equivalente a sessenta mil UFIR, será acrescida por dia de atraso, de seiscentos UFIR, a começar do segundo dia. Havendo reincidência, a multa base será dobrada. Quando a média aritmética dos faturamentos brutos dos grupos a quem estiverem ligados os participantes dos atos de concentração no Brasil, no exercício anterior ao da apresentação, exceder quatrocentos milhões de reais, haverá acréscimo à multa base o equivalente a 0,005% do faturamento médio dos grupos partícipes; havendo limite de setecentos mil

[56] Publicada no DOU, Seção I, nº 234-E, de 7 de dezembro de 1998, p 2.
[57] Publicada no DOU, Seção I, nº 121, de 25 de maio de 2004, p.51
[58] Publicada no DOU, Seção I, n° 90, de 12 de maio de 2006. P. 45.
[59] Publicada no DOU, Seção I, nº 35, de 21 de fevereiro de 2007, p. 43.

UFIR. Não sendo aprovado o ato, o cálculo da multa poderá ser acrescido de cinquenta até cem por cento conforme a gravidade da infração; o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (artigo 27, I, V e VI, da Lei nº 8.884/94)

Em havendo apresentação espontânea do ato de concentração, a multa será reduzida em trinta por cento (artigo. 27, II, da Lei nº 8.884/94)

A Resolução CADE n° 45, de 28 de março de 2008[60], que aprovou o regimento interno do CADE, em sua parte II, intitulado DO PROCEDIMENTO, uniformizou as regras processuais, de vários procedimentos, entre os quais o Ato de Concentração, havendo regulamentação minuciosa sobre vários aspectos, como a distribuição; a confidencialidade; os prazos processuais; o andamento procedimental, as sessões de julgamento, os votos e a proclamação do julgamento, a ementa e o acórdão. Conforme a sessão I, intitulada DO ATO DE CONCENTRAÇÃO, do capítulo I, do título IV, o requerimento relativo aos atos do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, deverá ser protocolado, em três vias, na SDE, juntamente com informações e documentos indispensáveis, além de comprovante de recolhimento da taxa processual. Sempre que possível, o requerimento será apresentado em conjunto pelo adquirente e empresa-objeto, nas aquisições de controle; pelas sociedades que se juntam nas fusões; e, pelas partes contratantes, nos demais casos. Todas as petições deverão conter declaração de veracidade de informações prestadas e autenticidade de documentos apresentados, sob as penas da lei (artigo 96, § 1º, 2º e 3º). Se for o caso de preservação de confidencialidade, os requerentes poderão solicitar que informações e documentos sejam autuados em apartado. O requerimento deverá ser instruído com documentos e informações constantes do anexo I, da Resolução CADE n° 15/98 (artigo 97). A data da celebração do primeiro documento vinculativo será tida como da celebração do primeiro ato (artigo 98). A distribuição far-se-á assim que recebida da SDE uma das vias do requerimento protocolado. O Relator poderá discutir com as requerentes a celebração de Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) ou adotar medida cautelar. Uma vez, instruídos e autuados, abrir-se-á vista à Procuradoria do CADE para parecer. O Relator poderá, para formar sua convicção, determinar diligências cabíveis ou instrução complementar. Ficarão suspensos os prazos dos parágrafos 6º e 7º do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, enquanto os esclarecimentos e documentos não forem apresentados (artigos 99,

[60] Publicada no DOU, Seção I, nº 70, de 12 abril de 2007, p.33.

100 e 101). A subseção I, DO ACORDO DE PRESERVAÇÃO DE REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO (APRO), possibilita a celebração do mesmo, por iniciativa do relator ou pedido das partes, até a decisão concessiva ou denegatória da medida cautelar. Tal acordo, fixará medidas apropriadas à preservação das condições de mercado, impedindo alteração irreversível ou dificilmente reparável, até o julgamento do mérito do ato de concentração. O APRO, ao qual as requerentes não possuem direito subjetivo à sua celebração, terá parecer da procuradoria do CADE, e será levada à homologação do plenário (artigos 139 e 140).

A Resolução CADE n° 49, de 23 de julho de 2008[61], altera o anexo I, da Resolução CADE n° 15, de 19 de agosto de 1998. O requerimento para autorização de ato ou contrato relativo ao artigo 54, da Lei nº 8.884/54, deverá ser acompanhado dos documentos e informações constantes no formulário para notificação de ato ou contrato anexo à resolução em tela, permanecendo em vigor todas as demais disposições da Resolução CADE n° 15. O formulário em questão deverá ser preenchido e encaminhado eletronicamente; enquanto que os documentos deverão ser protocolados, em até dois dias, após o envio do citado formulário, ante a SDE, em formato eletrônico, juntamente com uma via com toda a documentação em papel. Da data do envio do formulário eletrônico pela *internet*, contar-se-á o prazo de quinze dias do § 4º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94.

Durante a maior parte da vigência dessa lei, os órgãos de defesa da concorrência dedicaram grande parte de seus esforços na análise de atos de concentração, deixando em segundo plano a verificação das condutas. A sistemática dessa lei nesse tocante é complexa. A Seae, do Ministério da Fazenda, e a SDE, vinculada ao Ministério da Justiça elaboravam pareceres não obrigatórios, que eram remetidos ao CADE, a cujo colegiado incumbia tomar decisão de natureza administrativa.

Pode-se citar como os grandes momentos da lei em tela, referentemente à verificação dos atos de concentração, a de que sem dano, não há que se falar em eficiências (Caso Allergan-Frumtost – 1988); a liminar dada no Caso Ambev (1999); a criação do acordo de preservação de reversibilidade da operação (2002); a simplificação da análise (Seae/SDE – 2004); a mudança do entendimento sobre o limite dos R$ 400 milhões; e a introdução da análise simplificada (SEAE/SDE – 2008).

[61] Publicada no DOU, Seção I, nº 143, de 28 de agosto de 2008, p. 39

A vigência dessa lei significou uma nova realidade jurídico-econômico-política; além de período de aprendizagem de como, mais apropriadamente, aplicar-se a legislação concorrencial no país, com o intuito de preservar a livre-iniciativa e o mercado. Para as empresas, temerosas da intervenção estatal, era novidade onerosa ter de submeter operações ao CADE; para as autoridades era necessário encontrar o caminho certo para o controle dos atos de concentração. A rarefação da submissão de operações nos primeiros anos de vigência, fez com que o CADE passasse a advertir e multar as empresas faltosas.

O fato de a Lei nº 8.884/1994 ter estabelecido nível baixo para que um ato de concentração precisasse ser notificado, associado à interpretação do CADE, de que os R$ 400 milhões estabelecidos pela lei diziam respeito, não somente à empresa brasileira, mas ao respectivo grupo econômico mundial, gerou uma pletora de notificações. Esses dois pressupostos, somados à não correção do valor citado, levou ao paroxismo de qualquer operação envolvendo estrangeiro dever ser submetida ao órgão antitruste! Por essa razão, em 2005, o CADE passou a interpretar, que o faturamento de R$ 400 milhões se referia unicamente ao resultado no Brasil. Além disso, havia o problema da demora para se terminar o julgamento de um ato de concentração, que desafiava o tempo econômico; tornando, por vezes, irreversível a operação. A minimização da demora foi buscada por maior coordenação entre os "três guichês da concorrência", que procuraram facilitar procedimentos; enquanto que a questão da irreversibilidade foi enfrentada, com a criação da figura do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO)[62].

Fazem pensar as observações feitas por José Inácio Gonzaga Franceschini, no sentido que "há que se preocupar menos com atos de concentração, dada sua presunção de legitimidade, mesmo porque as operações analisadas sob o paradigma vigente nada mais são que exercícios de adivinhação, e muito mais com as condutas anticompetitivas, uma análise *a posteriori*. E isso sem maior perda para o mercado (mesmo porque este perde mais com a função dita "preventiva" do que com a maior eficiência na repressão das condutas ilícitas)."[63]

---

[62] Sobre controle de estruturas na Lei nº 8.884/1994, ver: SZMID, Rafael. **O regime da prescrição punitiva e da análise do mérito concorrencial no controle de estruturas do CADE**. Revista de Direito da Concorrência, vol.2. nº 2, novembro de 2014, em especial o item 2. O controle de estruturas da Lei nº 8.884/94, p. 96/100.

[63] FRANCESCHINI. José Inácio Gonzaga. Condições Impostas pelo CADE à Aprovação de Atos de Concentração: Um Erro de Paradigma". 2009. p.8. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/87844> Acesso em: 28 setembro de 2016.

b) Lei nº 12.529/2011

O inciso V do art. 9º e o inciso X do art. 13 da Lei nº 12.529/2011 fixam, respectivamente, a competência do plenário do Tribunal para aprovar os termos do compromisso de cessão de prática e do acordo em controle de concentrações; e a competência da superintendência-geral para sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações, além de fiscalizar o seu cumprimento[64].

O título VII da lei sob exame, intitulado DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES, compreende o Capítulo I – DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO; e o Capítulo II - DO ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES, constante unicamente do artigo 92, que foi vetado.

O referido Capítulo I é formado pelos artigos 88 a 91. O controle dos atos de concentração será prévio e realizado no máximo em duzentos e quarenta dias, do protocolo de petição ou respectiva emenda; podendo ser estendido unicamente por sessenta dias improrrogáveis, ou por noventa dias por decisão fundamentada do tribunal (§2º e §9º, do art. 88). É necessário realizar-se ato de concentração quando se fundem duas ou mais empresas, anteriormente independentes; quando uma ou mais empresas adquiram o controle ou parte de empresas; ou, ainda, quando incorporem outra(s) empresa(s); duas ou mais empresas realizem contrato de associação, consórcio ou *joint venture (*artigo 90, incisos I a IV).

A lei em tela instituiu a obrigação de notificar contratos associativos. O inciso IV do artigo 90 assevera a existência de ato de concentração, quando duas ou mais empresas o celebrarem[65].

São proibidos os atos de concentração que eliminem substancialmente a concorrência no mercado relevante; que criem ou reforcem posição dominante. Entretanto, poderão tais atos ser autorizados, se tiverem por objetivo aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou

---

[64] Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:
V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:
X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

[65] RODAS, João Grandino. **O Contrato associativo merece mais atenção da doutrina**. Revista Eletrônica Conjur, 25 de agosto de 2016.

favorecer a eficiência ou desenvolvimento tecnológico ou econômico; desde que haja repasse aos consumidores de parte substancial de tais benefícios (§ 5º e § 6º, do artigo 88). É proibido consumar os atos de concentração, sob pena de nulidade; devendo as condições de concorrência entre as empresas envolvidas ser preservadas (§ 3º, do artigo 88); em ambos os casos, sob pena de imposição de multa, entre sessenta mil e sessenta milhões de reais, sem prejuízo de processo administrativo (§ 3º e § 4º, do artigo 88).

As partes envolvidas na operação, submeterão ao CADE os atos de concentração, quando, ao menos um dos grupos envolvidos, tenha tido faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no último balanço do ano anterior à operação, igual ou superior a quatrocentos milhões de reais; bem como, ao menos outro grupo envolvido na operação tenha tido faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, do balanço do ano anterior à operação, igual ou superior a trinta milhões de reais. Os valores referidos poderão ser atualizados pelo plenário do CADE ou por portaria dos ministros de Estado da Fazenda e da Justiça (§1º, do art. 88).

Em havendo informações falsas ou enganosas, o descumprimento de obrigações ou o não alcance dos benefícios pretendidos, o Tribunal poderá rever a aprovação *ex officio* ou por requerimento da Superintendência-Geral. Multa entre sessenta mil reais e seis milhões de reais serão aplicadas; além de medidas legais, em caso falsidade ou enganosidade (artigo 91, *caput* e parágrafo único).

O procedimento para análise do ato de concentração segue os ditames do Capítulo II do Título VI da lei em comento, cujas três seções são intituladas, respectivamente, Do Processo Administrativo na Superintendência-Geral, Do Processo Administrativo no Tribunal, Do Recurso contra Decisão de Aprovação do Ato pela Superintendência-Geral; compreendendo os artigos 53 ao 65 (artigo 89).

O requerimento ao CADE de apresentação dos atos de concentração, deverá ser instruído com informações e documentos, definidos em resolução do órgão; bem como, com o comprovante de pagamento da taxa (art. 53, *caput*). Recebendo a petição, a Superintendência-Geral publicará edital com o nome dos requerentes, a espécie de operação e os setores envolvidos (artigo 53, § 2º). A referida Superintendência, entendendo que o processo não necessita de diligências, ou se revele de menor potencial ofensivo (ambos definidos em resolução do CADE), poderá conhecer do pedido e proferir decisão terminativa. Se entender, entretanto, ser o caso de instrução complementar, determinará as diligências a serem feitas (artigo 54, *caput* e incisos I e I). Terminada a instrução complementar, a Superintendência-Geral poderá aceitá-la ou determinar seja

refeita (artigo 55). Poderá, ainda, fundamentadamente, declará-la complexa, determinando nova instrução complementar e diligências pertinentes. A declaração de complexidade permitirá requerimento da Superintendência-Geral ao Tribunal para a prorrogação do prazo de controle dos atos de concentração de duzentos e quarenta dias (artigo 56 e § 2º). Findas as instruções complementares, abre-se ao superintendente-geral duas possibilidades: decidir pela aprovação do ato sem restrições; ou impugnar ante o Tribunal, pleiteando a rejeição do ato, sua aprovação com restrições ou, ainda, a inexistência de elementos conclusivos relativos aos seus efeitos no mercado. Nesse caso, o potencial lesivo do ato à concorrência, bem como os fundamentos da sua não aprovação integral ou rejeição deverão ser demonstrados (artigo 57 e parágrafo único).

Em trinta dias da impugnação pelo superintendente, o requerente poderá, fundamentadamente, em petição ao presidente do Tribunal, opor-se a ela, expondo suas razões e provas (artigo 58). Tal impugnação será distribuída por sorteio a um relator, que determinará a inclusão do processo em pauta para julgamento; ou a realização de instrução complementar (artigo 59, incisos I e II). Poderá, ainda, autorizar a realização do ato de concentração, determinando condições para a preservação de reversibilidade, se for o caso (§ 1º, do art. 59). Concluída a instrução, o Relator, incluirá o processo em pauta para julgamento, podendo o Tribunal aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo em parte, quando serão estabelecidas as respectivas restrições para mitigar efeitos nocivos do ato sobre mercados relevantes[66]. Tais restrições compreendem: a venda de ativos ou de conjunto de ativos; cisão de sociedade; alienação de controle societário; separação contábil ou jurídica de atividades; licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual etc. Uma vez julgado o processo no mérito, não haverá possibilidade de nova alteração, bem como de revisão pelo Poder Executivo (artigos 60, 61 *caput* e §§ 1º, 2º e 3º).

O pedido de aprovação de ato de concentração será rejeitado por falta de provas, quando houver recusa, omissão, enganosidade ou atraso injustificado de

[66] "A análise da prática do CADE demonstra que a autoridade aplicou, majoritariamente, remédios comportamentais ao longo do período 1995-2013. (...) Na maioria dos anos (1995 a 1997; 1998; 2002; 2004; 2006 a 2008; 2010; 2013) a quantidade de atos de concentração aprovados mediante remédios puramente comportamentais supera a soma de operações aprovadas com restrições estruturais e comportamentais/estruturais; em três anos a quantidade de casos aprovados com remédios puramente comportamentais equivale à soma de operações aprovadas com restrições estruturais e restrições comportamentais/estruturais (1998, 2000 e 2011); e apenas em quatro anos a soma dos casos com remédios estruturais e comportamentais/estruturais superou a quantidade de casos com remédios puramente comportamentais (2003, 2005, 2009 e 2012)". CABRAL, Patrícia Semensato e MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE**. Revista de Direito Concorrencial, vol. 4, nº 1, maio de 2016, p. 71/72.

informações ou documentos. Nesse caso, embora se sujeite às sanções cabíveis, o requerente poderá apresentar novo pedido (artigo 62). Os prazos do processo administrativo no controle de atos de concentração econômica não se suspendem ou interrompem, a não ser em razão de redução da composição do Tribunal a menos de quatro membros (artigo 63). No prazo de quinze dias da publicação da decisão aprobatória da Superintendência-Geral, caberá recurso ao Tribunal por terceiros interessados, ou agência reguladora, quando se tratar de mercado regulado; e o Tribunal, fundamentadamente, poderá avocar o processo para julgamento. A interposição do recurso, ou a avocação, suspendem a execução do ato de concentração até a final decisão do Tribunal (artigo 65, incisos I e II e § 4º). O relator, no prazo de cinco dias, do recebimento do recurso, poderá: conhecê-lo e inclui-lo na pauta para julgamento; conhecê-lo e determinar instrução complementar; não o conhecer e o arquivar. Em cinco dias úteis do conhecimento do recurso no Tribunal, ou da data do recebimento do relatório relativa à instrução complementar, o que ocorrer por último, as requerentes poderão manifestar-se sobre o recurso interposto.

Dentre as resoluções do CADE, aprovados no período de vigência da Lei 12.529/11, as seguintes relacionam-se com concentração de empresas:

A Resolução CADE, n° 2, de 29 de maio de 2012[67] disciplinou a notificação dos atos de concentração, prevendo procedimento sumário da análise de tais atos. O requerimento de aprovação de atos de concentração, se possível formulado pelas partes em conjunto, deverá ser acompanhado de documentos e informações do anexo I, podendo a Superintendência-Geral determinar sua emenda em caso de descumprimento de algum item do anexo (artigo 1º, 2º e 3º). Entendendo o CADE que modificações posteriores transformam, substancialmente, o cenário concorrencial e comprometem o mérito do ato de concentração, poderá determinar sua emenda ou seu arquivamento, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 53, da Lei nº 12.529/11 (artigo 3º, parágrafo único). Considera-se grupo econômico com referência aos cálculos dos faturamentos aludidos no artigo 88, da Lei nº 12.529/11, e do preenchimento dos anexos I e II da presente resolução, cumulativamente; as empresas sob controle comum, tanto interno quanto externo; e as empresas nas quais qualquer das empresas adiante referidas, seja titular de pelo menos vinte por cento do capital social votante, de maneira direta ou indireta (art. 4º, § 1º).

[67] Publicada no DOU, Seção I, nº 105, de 31 de maio de 2012, p 88.

O procedimento sumário é apropriado para casos de operações simples com pequeno potencial ofensivo à concorrência. Tal procedimento é discricionário por parte do CADE, que levará em conta a conveniência e oportunidade. Tais procedimentos serão decididos pelo superintendente-geral, consoante o artigo 54, inciso I, da Lei nº 12.529/11 (arts. 5º, 6º, e 7º). Enquadram-se no procedimento sumário: as *joint ventures* clássicas ou cooperativas; consolidação de controle; substituição de agente econômico; baixa participação de mercado, com sobreposição horizontal ou integração vertical; ausência de nexo de causalidade; e outros casos simples, mas não abrangidos pelas categorias anteriores, a critério do superintendente-geral (art. 8º, incisos I a VI).

As aquisições de participação societária (artigo 90, inciso II, da Lei nº 12.529/11) devem ser notificadas obrigatoriamente quando: acarretem aquisição de controle; não acarretem tal aquisição, mas preencham as regras do arigo. 10; e sejam realizados pelo controlador (artigo 9º). São obrigatoriamente notificáveis as aquisições de empresas, ou parte delas, que deem status de maior investidor individual ao adquirente; ou se subsumam a várias hipóteses descritas (arigo 10, incisos I e II).

Da Resolução CADE n° 7, de 19 de fevereiro de 2014[68], que alterou dispositivos do regimento interno do CADE, importa mencionar a regulamentação do pedido de intervenção de terceiro interessado (artigo 118); aspectos da declaração de operação como complexa (artigo 120); e aspectos da oposição à impugnação do ato de concentração pelo superintendente-geral (art. 124).

A Resolução CADE n° 8, de 1º de outubro de 2014[69], regulamentou aspectos da avocação de processo pelo Tribunal (§§ 2º, 3º e 4º, do artigo 122); prevenção do conselheiro que proferir despacho de avocação (artigo 131, incisos I e II e parágrafo único); e interposição de recurso contra a decisão aprobatória pelo superintendente-geral ou da decisão avocatória; suspensão de execução do ato de concentração; e decurso do prazo previsto no artigo 122 do regimento *in albis* (artigo 132).

A Resolução CADE n° 9, de 1º de outubro de 2014[70], alterou dispositivos da Resolução n° 2, de 29 de maio de 2012. Os aspectos relevantes são: os referentes a grupo econômico, para fins de cálculo de faturamento (agir. 4º); substituição de agente econômico, baixa participação de mercado, ausência de nexo de causalidade etc. (artigo 8º); notificação obrigatória de aquisições de participação societária (artigo 9º e 10º);

[68] Publicada no DOU, Seção I, nº 39, de 25 de fevereiro de 2014, p.91.
[69] Publicada no DOU, Seção I, nº 193, de 07 de outubro de 2014, p.43.
[70] Publicada no DOU, Seção I, nº 193, de 07 de outubro de 2014, p.43.

notificação obrigatória da substituição de títulos de valores mobiliários conversíveis em ações (artigo 11).

A Resolução CADE nº 10, de 29 de outubro de 2014[71], conceituou[72] contratos associativos, delineando os casos de obrigatoriedade de notificação.

A Resolução CADE n° 13, de 23 de junho de 2015[73], regulamenta os procedimentos dos parágrafos 3º e do parágrafo 7º, do artigo 88, da Lei nº 12.529/11. O procedimento administrativo para apurações referentes a atos de concentração (APAC), alcança os atos de concentração notificados e consumados, bem como os não notificados e consumados, antes de apreciados pelo CADE (§ 3º, do artigo 88, da Lei 12.529/11); e os atos de concentração não notificados, mas passíveis de submissão ao CADE {§7º, do artigo 88, da Lei nº 12.529/2011} (artigo 1º da resolução n° 13). [74]

Qualquer membro do Tribunal, recebendo representação fundamentada de qualquer interessado, poderá determinar que o superintendente-geral instaure uma APAC; devendo as partes serem intimadas para contraditório e defesa (artigo 2º e parágrafo único). Sobre procedimento para os atos de concentração notificados e consumados antes da apreciação do CADE, os aspectos mais importantes, estão sumarizados a seguir. Verificada a possibilidade de consumação de ato de concentração, será sobrestada a decisão de mérito até decisão final do APAC (artigo 3º). O superintendente-geral do CADE, com base no artigo 88, § 3º, da Lei nº 12.529/11, poderá decidir: pelo arquivamento do APAC; pela consumação da operação em desacordo com o artigo 88, § 3º, da Lei nº 12.529/11; ou pela abertura de processo administrativo (artigo 5º). Se o ato de concentração estiver sendo examinado pelo Tribunal, o Relator poderá instaurar e instruir ou determinar que o superintendente-geral instrua o APAC, com o objetivo de verificar se houve consumação da operação em desacordo com o artigo 88, § 3º, da Lei

[71] Publicada no DOU, Seção I, n° 213, de 04 de novembro de 2014, p. 112.

[72] "... consideram-se contratos associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes, relação de interdependência" (artigo 2º *caput*).

[73]Publicada no DOU, Seção I, nº 122, de 30 de junho de 2015, p.35.

[74] Art. 88, da Lei 12.529/11 Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

nº 12.529/11 (artigo 6º). O Tribunal poderá decidir: pelo arquivamento do APAC; pela aplicação de multa pecuniária; pela nulidade dos atos subsumidos ao *caput* do artigo 88, da Lei nº 12.529/11, se tiverem sido consumados anteriormente à apreciação pelo CADE; pela abertura do processo administrativo (artigo 7º). Acerca do procedimento para atos de concentração não notificados e consumados previamente à apreciação pelo CADE, lembre-se, em suma, o seguinte. Nesse caso, caberá ao superintendente-geral instaurar e instruir o APAC, podendo decidir: pelo arquivamento; pela notificação do ato de concentração; ou pela abertura de processo administrativo (artigos 8º e 9º). Por seu turno, o Tribunal poderá decidir pelo arquivamento do APAC; pela notificação do ato de concentração; pela aplicação de multa pecuniária; e pela nulidade dos atos quando consumados antes da apreciação pelo CADE artigo 10). Se o CADE determinar a notificação do ato de concentração, as partes deverão apresentá-los (artigo 11). Com referência ao procedimento para atos de concentração não notificáveis, mas cuja submissão pode ser requerida pelo CADE, o superintendente-geral instaurará o APAC antes de submeter o ato de concentração ao CADE (artigo 12); podendo decidir pelo arquivamento do APAC e pela notificação do ato de concentração (artigo 13). Quando o CADE determinar a notificação do ato de concentração, as partes deverão apresentá-la (artigo 14). A partir da instauração do APAC, tanto o superintendente-geral, quanto o Relator poderá celebrar acordo de preservação da reversibilidade da operação (APRO); bem como determinar a adoção de medidas cautelares (artigo 16)[75].

2.3. Doutrina brasileira sobre concentração econômica

Como ensina João Bosco Leopoldino, a empresa evoluiu estruturalmente, no séc. XIX. De uma concepção atomística, passou para a concentração, por influência do liberalismo e da ideia de que tamanho significava solidez. Com o aparecimento da concentração econômica fez-se mister evitar que aquela força destruísse os outros elementos do mercado; ao mesmo tempo em que o concentracionismo devia ser preservado, para que o próprio mercado subsistisse. Da concentração econômica brotou o poder econômico privado, ávido para dominar, quer as empresas mais fracas, quer os

[75] Sobre controle de estruturas na Lei nº 12.529/2011, ver: SZMID, Rafael. **O regime da prescrição punitiva e da análise do mérito concorrencial no controle de estruturas do CADE**. Revista de Direito da Concorrência, vol.2. nº 2, novembro de 2014, em especial o item 3. O controle de estruturas da Lei nº 12.529/2011, p.100/103.

trabalhadores. O equilíbrio poderia ser alcançado pela intervenção do Estado, em nome do interesse coletivo, sobre o poder econômico privado, que enfeixava os interesses individuais e grupais, na busca de medidas de políticas econômicas e jurídicas apropriadas. A concentração econômica provocou modificações no sistema jurídico e relativizou o princípio da igualdade e da liberdade de todos. O direito econômico - corpo normativo que direciona a relação entre o político e econômico - consubstancia-se no resultado dessa mudança: foi a solução encontrada para preservar-se a liberdade de concorrência, salvaguardando-se igualmente a importância dos valores sociais[76].

Para que a Lei nº 8.884/1994 fosse elaborada, levou-se em conta a experiência dos Estados Unidos da América, do Canadá, bem como de alguns Estados europeus que adotaram a economia de livre mercado, após terem experimentado período de planificação econômica. O binômio controle de concentração de poder econômico e repressão aos ilícitos antitruste que perfazem o direito concorrencial também possui essa origem. A Lei nº 8.884/1994 ostenta um lado preventivo, ao dispor sobre prevenção; e outro punitivo, ao reprimir infrações contra a ordem econômica, com sanções de caráter pecuniário e administrativo. Critica-se a lei em comento, tanto, em razão da imprecisão e generalidade de seus termos que possibilita subjetividade por parte do CADE e do Poder Judiciário; quanto por contradições: conter elementos estruturalistas e influências intervencionistas[77].

Pontua Carmo que a legislação brasileira (artigo 54, *caput* e § 3 º da Lei nº 8.884/1994) conceitua os atos de concentração, a partir de seus efeitos, levando em conta os aspectos econômicos da própria operação empresarial; enquanto que os sistemas antitruste norte-americano (artigos 1º do *Sherman Act* e 7º do *Clayton Act*) e alemão (§ 23 da GWB) preferiram enumerar, exemplificativamente, os meios jurídicos e os elementos jurídicos de interpretação da norma.

Consoante Santacruz o controle preventivo das estruturas de mercado, quando a autoridade antitruste intervém em atos de concentração econômica - quer se trate de integrações verticais, quer de concentrações horizontais de mercado -, que possam limitar ou prejudicar a concorrência, corporifica importante linha de defesa da concorrência, devido a importância de agir preventivamente sobre as estruturas mercadológicas, face às

[76] FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 2ª edição, Rio de Janeiro, 1997, p. 14/19.
[77] ROCHA, João Luiz Coelho da, **Alguns Aspectos Heréticos da Lei Antitruste** (Lei 8.884/94), Revista de Direito Mercantil, Editora Revista dos Tribunais, 1995, nº 97, Janeiro-Março 1995, p. 108/113.

dificuldades inerentes à descoberta e punição das condutas antitruste. Daí ser mais eficaz prevenir, controlando-se as estruturas (ação preventiva), do que punir as condutas antitruste (ação repressiva).

Consoante o autor, busca-se interferir em operações que elevem o poder de mercado, gerando aumento de preço, piorando as condições comerciais para fornecedores e clientes, diminuindo rendas, reduzindo a oferta de bens e serviços, minimizando oferta de bens e serviços etc. Essas operações somente podem ser realizadas se os respectivos ganhos compensarem o dano acarretado à sociedade. Podem ser efetivas as intervenções que não pressuponham a desconstituição do ato – intervenções parciais – se, após a intervenção, as condições de concorrência mantiverem-se no mesmo nível, se ocorrida a desconstituição.

Em razão do disposto na Constituição (artigo 170 e seguintes), o artigo 1º da Lei nº 8.884, estabelece a prevenção e a repressão das infrações concorrenciais, elege a coletividade como titular do bem jurídico a ser protegido e dá ao CADE poderes para tanto.

Para que haja obrigação de notificar os atos referidos pelo artigo 54 da lei sob exame, é suficiente sua subsunção aos critérios de admissibilidade desse artigo (*caput* e § 3º), não sendo necessário que ele limite ou de qualquer forma prejudique a concorrência. Se o CADE vier a concluir pela inexistência desse prejuízo, aprovará o ato incondicionalmente. Contudo os atos enquadrados no artigo 54, mesmo os aprovados sem condições, mas intempestivos (§ 4º), sofrerão sanção administrativa de multa (§ 5º), que não se confunde com multa por infração à ordem econômica.

Nos atos mencionados no artigo 54, há os que concentram mercados (concentração horizontal ou integração vertical) e os que não o concentram. O CADE leva em conta, com relação aos primeiros, os aspectos jurídicos e os econômicos da operação, tornando obrigatória a notificação no momento em que as partes concluam legalmente ato gerador de obrigações: primeiro documento vinculativo. Tal ato, ademais, deve causar modificações das relações concorrenciais.

Desde agosto de 2000, com referência a operações não concentradoras de mercado, o CADE determinou a notificação do primeiro documento vinculativo, mesmo que não houvesse alteração do quadro concorrencial. Tal não é inócuo pelo fato desse

tipo de operação ser sempre aprovada, pois torna maior o custo implícito da operação, bem como o risco de multas por intempestividade[78].

Salomão Filho considera que os parâmetros societários de que se serve o § 2º do artigo 54 para detectar concentrações, além de serem quantitativa e qualitativamente distintos, não se revelam de grande valia para o trabalho hermenêutico. A concentração implica em modificações permanentes na estrutura das empresas abrangidas, que as transforma em único agente econômico em suas operações. As mudanças estruturais duradouras caracterizam as fusões e as incorporações, mas não a cooperação empresarial, em que a unicidade se dá tão-somente em alguns comportamentos. A seguinte fraseologia legal não é de grande utilidade para o intérprete: fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou qualquer forma de agrupamento societário.

A uniformidade que particulariza a concentração empresarial, além de física e jurídica o é também de comando: poder de controle, entendido no sentido concorrencial e não no societário. A dificuldade de interpretação relativa à expressão agrupamento societário está na impossibilidade de se aplicar a disciplina das concentrações, quando inexiste controle. Outra crítica reside na falta de diferenciação entre "influência dominante" (que faz supor a concentração) e "influência relevante do prisma concorrencial" (que leva à cooperação econômica). No *caput* do artigo 54, há, além do controle de concentrações, o das formas de cooperação econômica, cabendo ao CADE, após análise, dizer se se trata de concentração ou de cooperação. Finalmente, para o autor em tela, em razão da letra da lei e por imperativo lógico, o § 2º do artigo 54 é aplicável não somente às concentrações que impliquem participação da empresa ou grupo de empresas superior à 20% do mercado relevante, mas também sobre a hipótese em que já haja tal participação, antes da concentração.[79]

Para Ana Maria Nusdeo, "a Lei nº 4.137/1962 estabeleceu, em seu artigo74, o primeiro controle de concentração no Brasil, ao dar ao CADE a competência para validar, aprovar e registrar, atos, ajustes etc., que produzissem determinados efeitos"[80]. A

---

[78] SANTACRUZ, Ruy. **Momento da Notificação de um Ato de Concentração**. Revista de Direito Econômico nº 31, CADE, janeiro/julho de 2000, p. 147/163. Citação, p. 150.

[79] SALOMÃO Filho, Calixto. **Direito Concorrencial. As Estruturas**. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 256/262.

[80] O art. 2º da Lei nº 4.137/1962 possuía caráter repressivo, entretanto. seu art. 74 estabelecia "a necessidade, para que fossem válidos, de aprovação e registro no CADE de 'atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios' quando produzissem o efeito de a) equilibrar a produção com o consumo; b) regular o mercado; c) padronizar a produção; d) estabilizar os preços, c)

doutrina e a prática encaminharam-se para dar ao CADE poder discricionário para reconhecer atos ilícitos e abusivos em si, em que se incluíam concentrações aptas a serem proibidas *per se*. Seriam aceitas apenas as concentrações razoáveis.

Para a autora a Lei nº 8.884/1994 regula o controle das concentrações no artigo 54, cuja redação reflete a redação do artigo 74 da Lei nº 4.137/1962, emendada pela Lei nº 8.158/1991. A Lei nº 8.884/1994 determina, no *caput*, os atos que devam ser submetidos ao CADE; descreve em seu § 1º, as condições para autorização; no § 2º, a possibilidade de se considerar legítimos os atos em razão da economia nacional e do bem comum; e no § 3º regra própria às operações de concentração. Ressalta que a Lei nº 8.884/1994, ao não consagrar instância política de revisão das decisões do CADE, favoreceu a independência desse órgão; bem como a aplicação da lei independentemente de interesses políticos. Outro ponto positivo, é representado pela permanência da disposição constante do já referido artigo 74. Este, ao invés da cláusula suspensiva tácita, consagrara cláusula resolutiva tácita, segundo a qual, caso a eficácia do negócio jurídico celebrado pelo CADE, dependesse de evento incerto e futuro, o ato jurídico somente seria eficaz após a devida autorização. Assim, com relação aos atos de concentração, predominam os interesses concorrenciais sobre os de política econômica ou industrial. Tanto é assim que, dentre os critérios do § 1º não figura incremento de exportações, de ofertas de emprego ou de competitividade empresarial.

A determinação do *caput* do artigo 54 bastaria para que atos de concentração cujos efeitos, potencialmente, fossem os descritos pelo artigo, devessem ser notificados ao CADE. O § 3º, entretanto, acentua a necessidade de submissão, fixando ademais certas hipóteses delicadas à livre concorrência: 20% do mercado (idêntica a do artigo 20 para posição dominante) e faturamento bruto anual igual ou superior a quatrocentos milhões de reais. A existência do § 3º faz com que a interpretação mais apropriada seja no sentido de que todas as operações subsumíveis aos seus parâmetros devam ser submetidas ao CADE, que as aprovará em não havendo riscos à livre concorrência. Interpretação

---

especializar a produção ou distribuição; f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas. Com esse dispositivo estabelecia-se um mecanismo de controle de atos de concentração, que emprestava á lei um, caráter regulatório da atividade econômica e do mercado nacional, encaminhando-a mais na direção de um direito econômico, no qual a autoridade antitruste tinha um controle sobre as práticas potencialmente prejudiciais à livre concorrência, com vistas não apenas a reprimi-las, mas enquadrá-las num quadro de maior compatibilidade com as políticas públicas do país". NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização da Economia** (O Controle da Concentração de Empresas), São Paulo, Malheiros, 2002, p. 220/221.

contrária, que considera não obrigatória a apresentação, quando não haja potencialidade de danos à livre concorrência faria com que o § 3 º fosse inútil.

O § 4 º do artigo 54 diz que a apresentação à SDE pode ser prévia ou dentro de quinze dias úteis. A apresentação marca o início da tramitação do ato de concentração: a SEAE, em trinta dias, exara parecer técnico; a SDE, manifesta-se em igual prazo; seguindo ambos os pareceres à decisão do plenário do CADE. Aquilatando este a estrutura e o nível de concentração do mercado; a participação das partes; bem como a natureza do produto e a inexistência de barreiras à entrada; caso inocorra efeitos anticoncorrenciais, concluirá ser lícita a operação e aprovará, sem verificação de cumprimento das condições do § 1º do artigo.

No caso de o CADE vislumbrar riscos à concorrência, a operação somente será aprovada se satisfizer o disposto no § 1º (incremento da eficiência econômica e desenvolvimento tecnológico ou econômico) ou § 2º (importância para o interesse nacional e para o bem comum) do artigo 54. Frente à discussão doutrinária sobre a vinculação ou a discricionariedade do CADE na apreciação de ato de concentração, a autora pende para a primeira hipótese: inobstante o artigo 54 abrigue conceitos jurídicos indeterminados, há limitação da esfera do poder da autoridade a juízos de legalidade (ato vinculado) e não de discricionariedade (conveniência e oportunidade). Em sendo ato vinculado, aumenta a possibilidade de revisão judicial dos atos do CADE pelo Poder Judiciário.

Decorrerá a desaprovação da operação na ausência dos pressupostos legais e da impossibilidade de se estabelecerem condições para a aprovação. A desaprovação acarreta a necessidade da desconstituição total ou parcial da operação; devendo as partes submeterem um plano para a desconstituição a ser aprovado pela autoridade.

Há ainda a possibilidade de aprovação sob condições, que propiciará o cumprimento do § 1º do artigo 54, por meio de compromisso de desempenho negociado. Relativamente aos limites e à extensão da aprovação condicional, a autora concorda com Calixto Salomão Filho, no sentido da impossibilidade constitucional - artigo 174, *caput*, da Constituição Federal - de o Estado balizar discricionariamente o comportamento de particulares, determinando planejamento econômico a agentes econômicos.

Entre as circunstâncias importantes para a fixação do compromisso de desempenho, o artigo. 58, § 1º estabelece o nível de exposição do setor à concorrência internacional e as modificações do grau de emprego. Contudo tal exigência não figura entre os pressupostos para a aprovação constante do § 1º do artigo 54. Dessa maneira,

possui caráter atenuante à concentração, não ensejando, contudo, sua licitude. Muito embora, as condições próprias dos compromissos de desempenho sejam comportamentais, sob inspiração do direito estrangeiro, o CADE tem adotado condições estruturais: venda de empresa controlada, venda parcial do controle de empresa adquirida e licenciamento de marca. Isso tem sido feito, para que haja adequação às determinações dos incisos III e IV do § 1º do artigo 54. Veja-se o caso Kolynos.

Tanto a aprovação, quanto as condições para a aprovação, possui a natureza de ato jurídico vinculado, sendo possível sua revogação unicamente quando o interessado tiver prestado informações falsas ou enganosas, não houver cumprido obrigações assumidas e/ou os benefícios visados não tiverem sido alcançados (artigo 55).

A autora explica da seguinte maneira, como o ordenamento brasileiro equacionou o embate virtual entre os princípios constitucionais aparentemente contrários relativos ao controle da concentração: **a)** o caso concreto de concentração, ao invés de ser analisado consoante os princípios fundamentais, é verificado seguindo os parágrafos e incisos do artigo 54, da Lei nº 8.884/1994; sendo aprovado ou reprovado se, respectivamente, o satisfizer ou não. Caso a operação não apresente perigo à livre concorrência, será aprovada imediatamente. O ato de concentração que exibir tal perigo, passará por escrutínio nos termos dos §§ 1º e 2º; **b)** são tidas como eficientes as operações que busquem incrementar a produtividade, aprimorar a qualidade ou proporcionar eficiência e evolução econômica ou tecnológica; **c)** são aprováveis as operações eficientes, cujos benefícios sejam distribuíveis, de maneira equitativa por seus partícipes e pelos consumidores; observem os limites estritamente necessários e não suprimam concorrência em porção relevante do mercado; **d)** são autorizáveis operações que preencham três dos quatro requisitos do artigo 54 (letras **b** e **c** acima), se necessárias por razão preeminente da economia nacional ou do bem comum; desde que inexista prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Os seguintes termos da lei brasileira concorrencial são da espécie conceito indeterminados ou abertos, por não serem unívocos e dependerem de complementação por intermédio de interpretação: “ordem pública”, “justo preço”, ”calamidade pública”, “medidas adequadas e proporcionais”, “interesse público”, “eficiência”, “desenvolvimento tecnológico ou econômico”, “concorrência de parte substancial de

mercado relevante", "motivo preponderante da economia nacional e de bem comum (este últimos termos constantes do artigo 54, § 1º)"[81].

Forgioni vê o controle das concentrações do prisma de seu caráter instrumental relacionado a uma política econômica e à formatação da estrutura de mercado. Pode-se atribuir às concentrações efeitos deletérios ou efeitos inovadores e desenvolvimentistas. Dentre os primeiros está o desestímulo à competição, à baixa de preços, à inovação, ao incremento de qualidade etc.; a ponto de ser a concentração considerada como "falha de mercado". Haverá efeitos positivos quando a concentração contribuir para a inovação e para o desenvolvimento, na forma de grandes investimentos e forte competição por parte dos concorrentes que sobraram.

Concentração econômica é o aumento de riquezas e, consequentemente, do poder econômico nas mãos de um ou alguns agentes do mercado. Acordos entre empresas que se mantêm autônomas, também são concentracionistas, na medida que incrementem o poder econômico de ambas e implique em vantagem sobre as demais.

Há enumeração na lei brasileira antitruste (artigo 90) das hipóteses de concentração: (i) fusão, quando duas ou mais empresas deixam de ser independentes e fundem-se em uma única sociedade. O artigo 228 da Lei das Sociedades Anônimas – Lei nº 6.404/1976 – conceitua fusão: "a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações". (ii) aquisição, direta ou indireta, de participações societárias ou de ativos de terceiros, tangíveis ou intangíveis. (iii) "a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações" (incorporação de empresas" (artigo 227, da Lei de Sociedades Anônimas). (iv) celebração de contratos de consórcio, com o intuito de executar empreendimento definido (artigo 278 da Lei de Sociedades Anônimas) (v) celebração de *joint ventures* ou contratos associativos, em que, sem haver formalmente consórcio, há vinculação para realizar objetivo comum, visando lucro (artigo 278 da Lei de Sociedades Anônimas).

A conveniência ou não de ser autorizada determinada concentração depende dos efeitos que possam vir a ter. Contudo a identificação de eventual benefício ou prejuízo não pode ser, previamente, reconhecível e estimável. A operação de concentração pode:

---

[81] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização da Economia** (O Controle da Concentração de Empresas). São Paulo, Malheiros, 2002, p. 225/257.

(i) causar a diminuição da concorrência entre agentes econômicos, possibilitando conveniente posição monopolística; (ii) possibilitar economias de escala e maximizar recursos disponíveis; (iii) fazer com que o adquirente se assenhore da tecnologia de certos produtos, por meio do controle de pessoal especializado, patentes, direitos de propriedade intelectual etc.; (iv) ser a forma de salvaguarda de suas atividades, pois a venda da empresa a transferirá para quem deseje continuar a exercer suas finalidades sociais; (v) auferir ganhos tributários, ser opção de investimento de capital, ser estratégia empresarial ou variação para minorar riscos da atividade.

Positivamente a concentração econômica pode implicar no incremento da inovação, do desenvolvimento tecnológico, da economia de escala, bem como da eficiência e das sinergias, em benefício da sociedade e dos consumidores. O contraponto negativo, entretanto, pode ser o compromisso do funcionamento do mercado, pois a condição monopolística pode levar ao abuso do poder econômico. O dilema entre mercados concentrados e pulverizados persiste.

O fundamento para o incentivo havido no Brasil, na década de 60 do passado século, foi justamente robustecer a economia, aperfeiçoar o nível tecnológico do país e possibilitar que as indústrias nacionais pudessem arrostar a concorrência internacional.

Para a autora, o controle das concentrações é ligado à política econômica, possuindo natureza instrumental. Isso vale inclusive para o Brasil, não somente para os Estados Unidos e para a Europa.

É importante avaliar o efeito das concentrações sobre o mercado, ou seja, se houve redução do nível de concentração nele existente. Tal avaliação inicia-se pela demarcação do perímetro em que a operação causou impacto, ou seja, a delimitação do mercado relevante. A seguir, verificam-se as quotas de mercado (*market share*) e o grau de concentração de mercado, tanto antes, quanto depois da operação. São igualmente tomados em conta: as barreiras à entrada de novos concorrentes; o desempenho da concorrência no mercado relevante e a concorrência potencial. É óbvio que a amplitude do mercado relevante, pode significar a diferença entre a aprovação ou não, de determinada concentração. Por outro lado, sendo o percentual de mercado usualmente proporcional ao poder econômico do agente, a delimitação da parcela de mercado é essencial para se avaliar o impacto concorrencial da operação.

Dentre os métodos para indicar o grau de concentração de um mercado, figura o índice Herfindhal-Hirschman Index - HHI, utilizado nas m*ergers guidelines* norte-americanas, desde 1984. Embora a Lei nº 12.529/2011 não tenha adotado o HHI, é

frequente sua utilização para embasar argumentos das partes e mesmo, pelas autoridades antitrustes. Lembre-se que a Portaria Conjunta SDE/Seae 50, de 1º de agosto de 2001 aponta o CR4, como ferramenta de análise.[82]

A concorrência potencial existente no mercado relevante, assim como as barreiras à entrada ou ao retorno de concorrentes reveste-se de grande significado. Ao se tratar de concentrações conglomeradas, a união de duas empresas não alterará a composição de ambos os mercados relevantes, mas poderá gerar concentração conglomerada de poder econômico, bem como colocar barreiras à entrada de novos agentes nos setores implicados da economia.

Os fatores relacionados ao mercado da distribuição e do fornecimento de produtos envolvidos na operação, isto é, relativos aos aspectos verticais da concentração normalmente deixam de ser examinados ao se analisarem as concentrações; inobstante o estudo desses mercados seja fundamental, de vez que na dinâmica concorrencial, há uma medida horizontal e outra vertical.

Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, que, com o intuito de assinalar a antijuricidade, classificam as práticas dos agentes econômicos em acordos, abuso da posição dominante e concentrações; a Lei nº 12.529/2011 fala em "atos, sob qualquer forma manifestados". Por serem as concentrações "atos", elas são suscetíveis de tipificarem-se como infrações à ordem econômica, caso incursas nos incisos do citado art. 36: "prejudicar a livre concorrência", "dominar mercado" ou abusar de "posição dominante". Mesmo que a concentração incorra nesses incisos, o CADE, consoante o art. 88, § 6º. da lei antitruste vigente, pode autorizá-la se considerar que os eventuais benefícios para a concorrência ultrapassam os prejuízos. Esses benefícios podem ser o aumento da produtividade ou da competitividade, a melhora da qualidade de bens e serviços ou o alcance da eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, desde que parte relevante desses benefícios sejam repassados aos consumidores

Em consonância com a Lei nº 12.529/2011 dentre as operações que gerem concentrações, devem ser apresentadas ao CADE, antes de serem consumadas, as

---

[82] "O índice Herfindhal-Hirschmann (HHI) é comumente utilizado para medir a concentração do mercado, pois capta melhor a realidade e reflete a participação da franja de mercado. No entanto, não devem ser estabelecidos, a priori, parâmetros de baixa ou alta concentração, dadas as peculiaridades da economia de cada nação e de cada mercado dentro de um mesmo país.
Naturalmente utilizam-se também outros indicadores, como a participação das maiores empresas no mercado relevante, sendo utilizada com frequência a parcela das quatro maiores (CR4)." OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 120.

relacionadas, expressamente, no *caput* do artigo 90 – fusões, incorporações etc. -, que superarem ambos os escalões do *caput* do artigo 88: um dos grupos, no último balanço, tenha tido faturamento bruto anual ou volume total de negócios no Brasil, igual ou superior a quatrocentos milhões de reais, no ano prévio à operação; e o outro grupo tenha registrado faturamento igual ou superior a trinta milhões de reais.

Configuram exceções aos atos mencionados no artigo. 88 e obrigatoriamente apresentáveis ao CADE, os "destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes" (artigo 90, parágrafo único). Isso porque, inexiste competência da autoridade antitruste para interferir nas políticas econômicas governamentais.

Para a autora é cristalina a lei ao determinar que o controle dos atos de concentração, por parte do CADE, deverá ser sempre prévio, implicando sua consumação anterior, em nulidade e multa pecuniária (artigo 88, § 2º). A concentração não permitida, se significar domínio de mercado, abuso de posição dominante ou dano concorrencial, é passível de ser subsumida no *caput* do artigo 36, ensejando processo investigativo.

A implementação da concentração, sem autorização: (i) é suscetível de incidir no *caput* do artigo. 36, ensejando processo investigativo, caso se tenha substanciado domínio de mercado, abuso de posição dominante ou dano concorrencial; e (ii) não terá eficácia, por estar sujeito à condição suspensiva a que alude o artigo 125 do Código Civil.

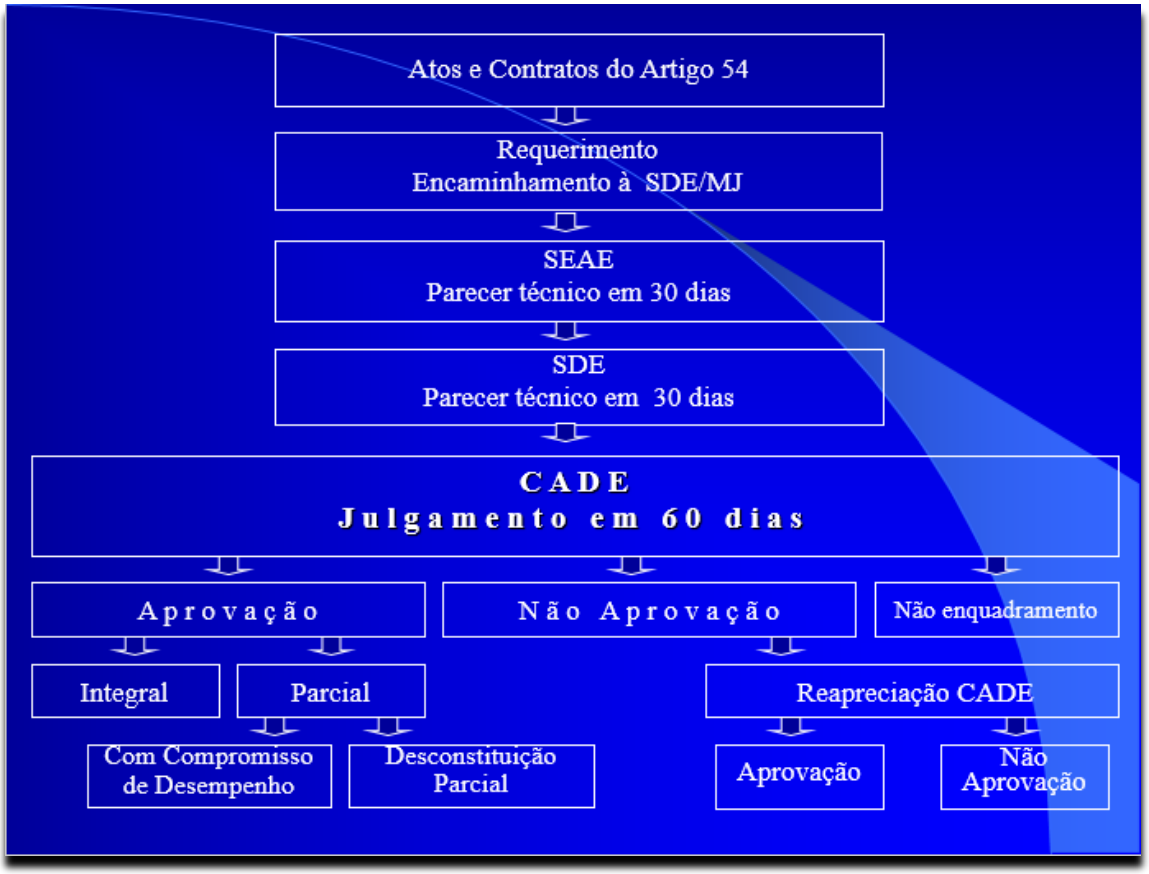
A preservação das condições de concorrência entre as empresas, mesmo que a situação do mercado se modifique, deve ser mantida até a decisão da operação (artigo 88, § 4º), sob pena de multa e abertura de processo administrativo.

Por força da segurança jurídica, em especial do próprio agente econômico, a autorização dada pelo CADE não poderá ser revista: (i) a menos que tenha sido fundamentada em informações falsas ou enganosas; (ii) ou face ao descumprimento de obrigações assumidas, assim como o não atingimento dos objetivos visados (arigo 91, *caput*). Tal enumeração é taxativa e não apenas exemplificativa.

A lei vigente prevê "acordo em controle de concentrações" (artigos 9, inciso V e 13, inciso X). O lado positivo é a possibilidade de realizar concentração, por meio de negociação, em que o interessado consegue, embora com restrições, a aprovação do ato; enquanto que o CADE a aprova com maior perspectiva de que as eficiências sejam obtidas, esquivando-se do recurso ao Judiciário e da consequente suspensão, temporária

ou definitiva, da decisão. Negativamente, realce-se que a versão promulgada da lei anticoncorrencial não exige a publicação dessa espécie de acordos, dificultando a verificação de que tais compromissos tenham atendido ao interesse público.[83]

Oliveira e Rodas examinaram a apresentação e a apreciação de um ato de concentração na vigência da Lei nº 8.884/1994. Os passos procedimentais foram estampados no seguinte quadro[84]:



Quadro 1 – O procedimento para exame dos atos de concentração.

Ressaltaram que, em sua quase totalidade, os casos eram apresentados *a posteriori*, servindo-se da permissão para tanto da lei em questão. Deriva daí aspectos negativos como: (i) nocividade à concorrência em razão de a operação ser concretizada, pendente análise do ato; (ii) custo da desconstituição do desfazimento da transação original; e (iii) insegurança jurídica pela eficácia limitada do ato.

---

[83] FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5º edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 393/422.
[84] OLIVEIRA, Gesner e Rodas, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 116.

As diretrizes gerais aplicadas para analisar os atos foram, em suma, as seguintes: **1.** Verificação da existência de impactos estruturais, abarcando a diagnóstico e a demarcação dos mercados relevantes, identificação das empresas partícipes, além do cômputo dos resultados da operação relativamente aos respectivos mercados relevantes; **2.** Dinâmica do mercado e resultados deletérios da operação, em que se verifica sua potencialidade de aumentar as perspectivas de conluio e abuso da posição dominante; **3.** Análise das condições de entrada, em que se aquilata o grau de contestabilidade dos mercados relevantes, por meio da avaliação das barreiras de entrada de novos concorrentes. As condições de entrada podem ser tempestiva, suficiente e provável. Nas economias emergentes, de que a brasileira é um exemplo, as condições de entrada tendem a ser menos favoráveis devido às imperfeições dos mercados de capitais e limitações e gargalos de infraestrutura; **4.** Análise das eficiências compensatórias ou ganhos de bem-estar, quando há dano à concorrência, nos termos do § 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994; 5**.** motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, como fatores atenuantes das condições para a aprovação de concentrações que sejam prejudiciais ou resultem na dominação de mercados (§ 2º do artigo 54)[85].

Os mesmos autores, além de terem apresentado quadro cronológico da implementação da análise das fusões a contar da vigência da Lei nº 8.884/1994[86], realçaram alguns aspectos: tempo consumido, tanto para que o CADE estivesse apto a cumprir a lei de 1994, quanto houvesse alteração de entendimento dos setores abrangidos; o CADE, por ter estabelecido, via interpretação da lei, patamar muito baixo, teve de examinar número exagerado de atos de concentração; tardança dos órgãos envolvidos em chegar à decisão; tentativas de o CADE acordar com as partes para sobrepujar limitações legislativas: APRO.

Como a Lei nº 12.591/2011 tornou obrigatória a análise prévia, a consumação dos atos de concentração notificáveis depende de aprovação do CADE, sob pena de multa. O quadro abaixo ilustra as mudanças nos parâmetros notificatórios[87]:

---

[85] OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 115/128.
[86] OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2013, p. 109.
[87] OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2013, p. 113.

Dispositivos legais	Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
Prazo para notificação	Notificação até 15 dias após a operação	Notificação prévia de operações de concentração
Critério do faturamento 1.ª trava	Pelo menos uma das partes com faturamento igual ou superior a R$ 400 milhões	Pelo menos uma das partes com faturamento igual ou superior a R$ 750 milhões[1]
Critério do faturamento 2.ª trava	Não há	A outra parte deve ter, no mínimo, faturamento igual ou superior a R$ 75 milhões[1]
Critério do mercado relevante	A concentração relevante deve ser superior a 20% do mercado relevante	O critério do mercado relevante foi removido
Discricionariedade do CADE para requerer submissão *a posteriori*	Não há	O CADE pode requerer a submissão de atos de concentração não enquadrados nos critérios acima em até um ano após a operação

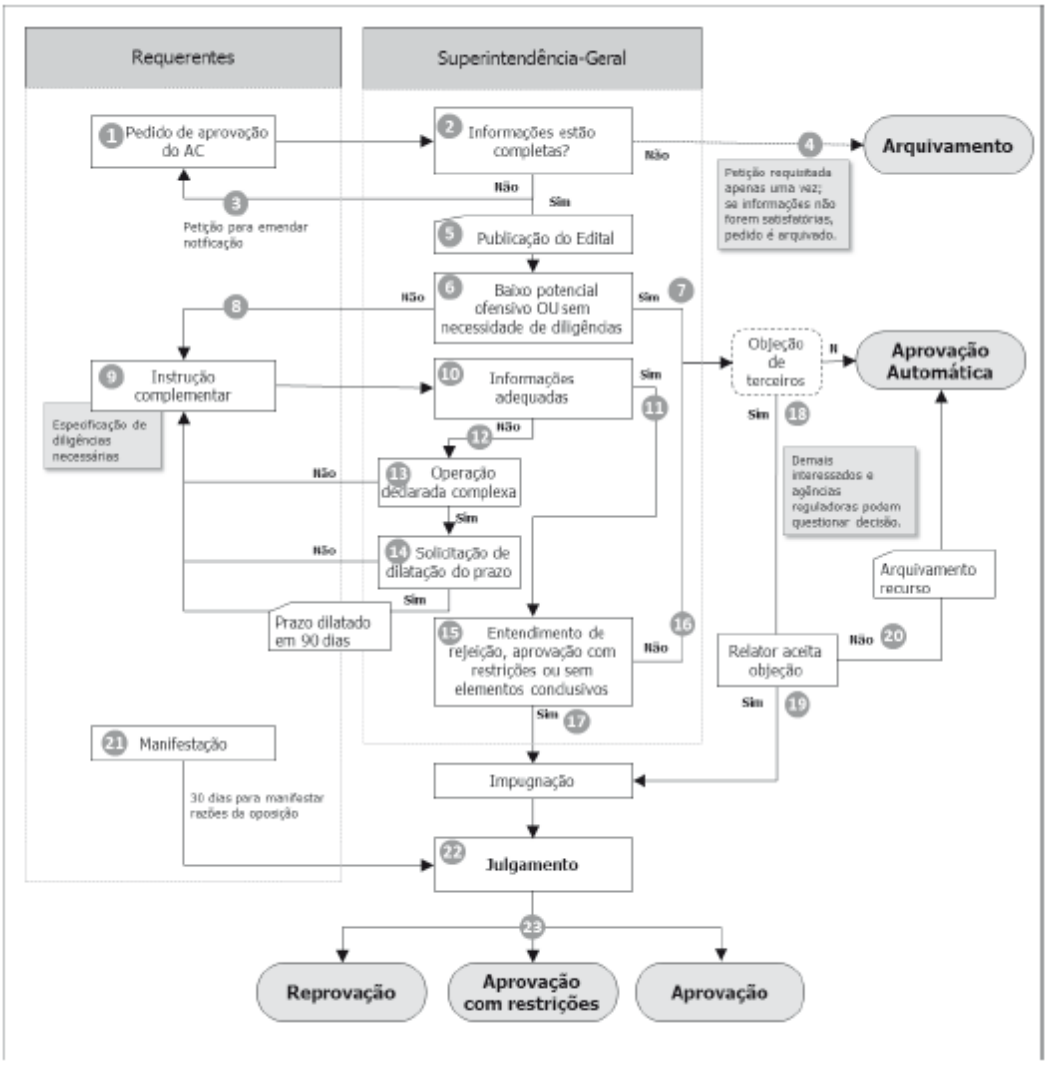
Fonte: Lei 8.884/1994 e Lei 12.529/2011.
1 Conforme alteração pela Portaria Interministerial 994/2012.

Quadro 2- Lei 12.529/2011: modificações nos parâmetros de notificação.

Sumariamente, os requisitos para notificação da lei vigente tornaram mais objetivos. Dois requisitos de faturamento das partes: R$ 400 milhões de uma e R$ 30 milhões de outra (artigo 88, incisos I e II), alterado para R$ 750 milhões e R$ 75 milhões pela Portaria Interministerial nº 994/2012. Deixou de existir o requisito de participação de 20% do mercado relevante; tendo a resolução CADE nº 2/2012 (modificada pela resolução CADE nº 9/2014) estabelecido os pressupostos referentes às aquisições de participações societárias.

Por sua parte, por força do disposto nos artigos 53 a 65 foi profundamente modificado o modo de analisar o ato de concentração, esquematizado no quadro abaixo[88]:

[88] OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.



Quadro 3- A análise de atos de concentração pela lei 12.529/2011.

Os autores, assim explicaram o quadro esquemático acima: "Após a publicação do Edital, compete à Superintendência-Geral proferir decisão terminativa [6] conhecendo do pedido de aprovação do ato de concentração quando este dispensar novas diligências ou nos casos de menor potencial ofensivo nas condições estabelecidas para o 'procedimento sumário' pela Res. CADE 2/2012 [7]. No entanto, se a Superintendência-Geral considerar que há necessidade de mais diligências, determinará a realização da instrução complementar [8] (artigo 54). Após a realização da instrução complementar [9], a Superintendência-Geral deverá manifestar-se sobre seu satisfatório cumprimento [10], recebendo-a como adequada ao exame de mérito [11] ou determinando que seja refeita,

por estar incompleta [12] (artigo 55). Caso entenda que a instrução complementar deva ser refeita, a Superintendência-Geral poderá declarar o ato de concentração como complexo em decisão fundamentada [13] e determinar a realização de uma nova instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas (artigo 56). Nesse caso, a Superintendência-Geral pode requerer ao Tribunal a prorrogação de prazo máximo de análise do ato de concentração de 240 dias para 330 dias [14] (artigo 88).

Realizadas as instruções complementares, a Superintendência avalia o ato de concentração [15] e pode aprová-lo sem restrições [16] ou impugná-lo perante o Tribunal ..., caso entenda que é caso para aprovação com restrições ou não aprovação [17]. Neste último caso, a Superintendência-Geral deve demonstrar o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões pelas quais não deve ser aprovado integralmente ou rejeitado (artigo 57).

O processo é remetido ao Tribunal no caso de impugnação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou, no caso de aprovação, pela interposição de recursos por terceiros ou agência reguladora [18]. Na hipótese de recurso interposto por terceiros ou agência reguladora contra decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, o prazo para a interposição de recurso é de 15 dias contados da publicação da decisão.

Em até 48 horas da impugnação do ato pela Superintendência ou da interposição de recurso, o processo é distribuído a um Conselheiro-Relator por sorteio. O Conselheiro relator receberá o recurso em até cinco dias da data de seu protocolo e poderá conhecer do recurso e determinar a sua inclusão em pauta para julgamento [19], conhecer do recurso e determinar instrução complementar ou não conhecer do recurso e determinar o seu arquivamento [20] (art. 65)

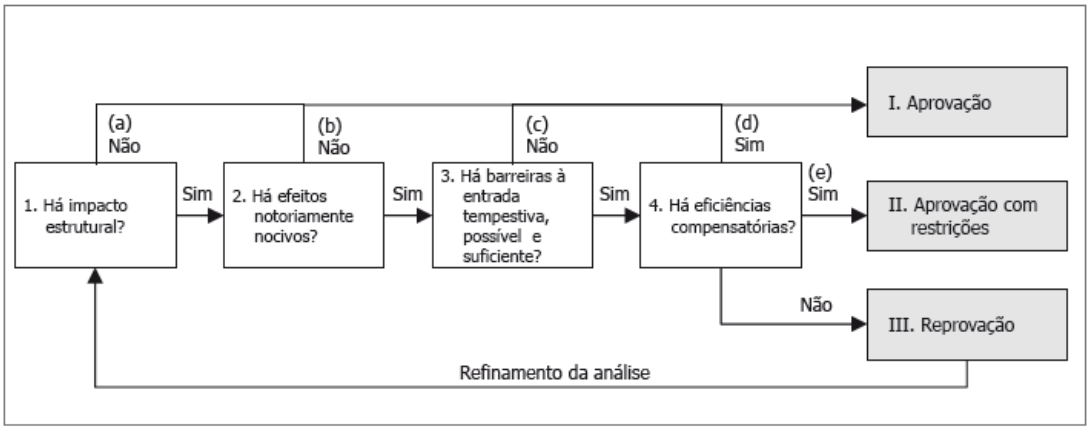
Há um prazo de 30 dias, contados a partir da impugnação, para as requerentes apresentarem manifestação [21] contendo as razões de fato e de direito pelas quais se opõem à decisão da Superintendência-Geral. Após o protocolo da manifestação, o Conselheiro-Relator pode proferir decisão incluindo o processo em pauta para julgamento ou determinará realização de instrução complementar, caso entenda que o processo não está suficientemente instruído (artigo 59). É importante destacar que o Conselheiro-Relator, em caráter precário e liminar, pode autorizar a realização do ato de concentração em análise antes do Tribunal vir a julgá-lo (artigo 59, § 1 º).

Após a instrução complementar, o Conselheiro inclui o processo em pauta para julgá-lo [22]. O Tribunal pode aprovar o ato de concentração sem restrições [23] (artigo 61). Neste último caso, o Tribunal determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade do ato. A possibilidade de revisão pelo Tribunal da decisão da Superintendência-Geral é um importante mecanismo de controle de decisões monocráticas e fechadas sobre questões que podem afetar diretamente a coletividade."[89]

A lei vigente manteve importante avanço institucional iniciado, pioneiramente, pela Lei nº 8.884/1994, qual seja, a não possibilidade de revisão, em nível administrativo, de decisão do CADE. Ainda ao tempo dessa lei, o dispositivo passou no teste, tendo sido vitorioso na prática: caso Gerdau-Pains e caso da Vale do Rio Doce. A referida lei preferiu determinar, para a análise do ato, prazo-geral de duzentos e quarenta dias, podendo tal prazo chegar a trezentos e trinta dias, com a extensão de sessenta dias por solicitação das partes ou até noventa, por decisão do Tribunal, não cumulativos (artigo 88, §§ 2º e 3º). No projeto de lei, havia um mecanismo a mais, garantidor do tempo econômico, a aprovação tácita depois de trezentos e trinta dias, cujo dispositivo recebeu veto presidencial.

[89] OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª. Edição, São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013, p. 115/117.

Oliveira e Rodas apresentaram um roteio analítico de análise de atos de concentração[90]:



Quadro 4 - Roteiro de análise de atos de concentração: visão esquemática.

Nesse quadro, as trajetórias de ***a*** a ***d*** indicam condições suficientes para o ato de concentração ser aprovado. Mesmo havendo acréscimo na concentração, as condições mercadológicas podem ser de modo, a não se intuir maior probabilidade de ação coordenada ou de abuso de posição dominante (***b***). Embora a resposta seja negativa para as perguntas 1 e 2, a falta de barreiras à entrada possibilitaria aprovação da operação (***c***).

A comparação do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 com o artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 denota que: (i) não há referência à divisão equitativa de benefícios (artigo 88, inciso 2º); (ii) deixou de constar na lei vigente, a justificação de flexibilização de 'motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum', também conhecida como motivos de 'bem comum' e 'cláusula de interesse público' (§ 2º do artigo 54)[91]; (iii) as várias fases da análise de concentração não são rigidamente sequentes, apresentando grau de detalhe moderado. Exemplificativamente, em não havendo barreiras à entrada, pode-se resolver determinado caso, sem perquirir com minúcia o mercado relevante[92].

As fases da análise dos atos de concentração são as mesmas acima apresentadas, quando do comentário sobre a lei pretérita, cabendo agora, apenas

[90] OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2013, p. 120.
[91] Ver quadro: OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2013, p. 115, nº 2.
[92] Ver quadro: OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª Edição, São Paulo, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2013, p. 115, nº 1.

referências à Lei nº 12.529/2011. Com relação à verificação da existência de impactos estruturais, lembre-se que a lei concorrencial vigente (artigo 36 § 2º) manteve a presunção relacionada com a posição dominante existente no artigo 20 § 3º da Lei nº 8.884/1994. Já relativamente aos benefícios das eficiências compensatórias, como já se viu acima, a lei em vigência não abriga a menção à distribuição equitativa, afirmando apenas, que aos consumidores deva ser repassada parte relevante delas[93].

2.4. Jurisprudência brasileira sobre concentração econômica: casos relevantes.

a) Caso Gerdau/Pains -1995.

Ato de Concentração nº 16/1994.

Conselheiro-Relator: José Matias Pereira.

Requerentes: Grupo Gerdau e Korf GmbH.Lmer

Mercado relevante do produto: aço não plano comum.

Mercado relevante geográfico: nacional.

Data da decisão. Inexistiu julgamento; arquivado mediante despacho de 31 de março de 1995.

Data do acórdão: à época não eram publicados ementa e acórdão.

> Ementa: "Por maioria, o Conselho decidiu pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Korf GmbH (Cia. Siderúrgica Pains), determinando-se às Requerentes, nos termos do § 9.º do art. 54 da Lei n. 8.884/1994, a *desconstituição* dos atos pertinentes à incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau. As Requerentes deverão, no prazo de 15 (quinze) dias, a partir da publicação da ata, informar a este Conselho o prazo necessário à adoção das providências referentes ao cumprimento da presente decisão, sob pena de sua imediata execução judicial, nos termos

[93] OLIVEIRA, Gesner e Rodas, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª. Edição, São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013, p. 107/132.

> do art. 60 da Lei 8.884/1994. A integração vertical envolvendo a incorporação das empresas de tecnologia, comercial e produção de ferro gusa foi aprovada por unanimidade. ”

Resumo

A aquisição do controle acionário da *holding* Korf GmbH, acionista majoritária da Companhia Siderúrgica Pains, pela Siderúrgica Laisa, subsidiária do Grupo Gerdau, foi apresentada ao CADE.

Consoante o Grupo Gerdau, a aquisição em tela não implicaria em eliminação de concorrência, pois adviria da operação, maior produtividade, bens e serviços de melhor qualidade, além de incremento tecnológico.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae registrou o aumento de concentração, tendo opinado que a operação poderia aumentar a escala, diminuir gastos de pesquisa, assim como fomentar gerenciamento e tecnologia dotados de competitividade e eficiência. De qualquer modo, a aprovação da operação deveria pressupor Compromisso de desempenho.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE, por seu turno, considerou que a operação da maneira como foi apresentada pelas requerentes, diminuiria, substancialmente, a concorrência no mercado relevante, em razão de causar monopólio de barras e perfis e quase monopólio de vergalhões. Para a Secretaria, não teria havido comprovação de que as metas e as eficiências não contrabalanceariam a maior concentração de mercado; tendo opinado a aprovação parcial da operação.

Já, a procuradoria do CADE, embora tenha afirmado que a aquisição em estudo teria o condão de aumentar o grau de concentração no segmento, foi de parecer favorável à operação, em regime de acompanhamento, desde que vantagens adviessem aos consumidores.

Para o Conselheiro-Relator, o Grupo Gerdau teria substanciais ganhos financeiros, enquanto que não haveria certeza de benefícios para o consumidor e ao mercado; descumprindo assim os §§ 1.º e 2.º do art. 54 da Lei 8.884/1994. Aspecto positivo, que não comprometeria a estrutura mercadológica, seria a integração vertical do ferro gusa, pela junção das respectivas empresas tecnológicas, comerciais e produtivas.

O voto foi pela aprovação parcial da operação, desconstituindo-se a incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau, com base no § 9.º do referido art. 54.

O Conselho decidiu pela aprovação apenas parcial da transação, tendo como pressuposto a desconstituição dos atos pertinentes à incorporação da Pains ao Grupo Gerdau. O dano para a livre concorrência, decidiu o CADE, era decorrente do domínio no mercado majoritário de aços não planos, chegando a quase 50% após a manobra, pelo Grupo Gerdau, bem como a inobservância do § 1º, do art. 54 da lei 8.884/1994.

O procurador *ad hoc* do CADE e o Ministério Público, pautando-se pela não existência de título executivo extrajudicial líquido e certo, sustentaram a impossibilidade de se cumprir a decisão; assim, se fez necessário tomar as medidas cabíveis para colocá-la em prática em novembro de 1996, seguindo os seguintes critérios

1. impossibilidade de retomar discussão sobre o mérito da decisão;

2. Respeito ao princípio da menor onerosidade, consistindo na minoração de custos privados e sociais;

3. fatos novos sucedidos, posteriormente à decisão, no mercado relevante siderúrgico e na Pains.

Ao Grupo, restaram três opções:

A primeira opção agrupava medidas a fim de suprimir as sequelas à ordem econômica relacionadas à fusão entre empresas. Consistia na adoção de medidas compensatórias de emprego, seguimento da decisão e salvaguardas adicionais; além de reconstituição da unidade de laminação. A segunda opção determinava o arrendamento da Pains por um período de vinte anos. A última, envolvia a alienação dessa empresa.

A Gerdau escolheu a primeira alternativa.

(CADE – Relatório Anual 1996. p. 47 a 50.)

b) Caso Kolynos/Colgate -1996.

Ato de Concentração n° 27/1995.

Conselheira-Relatora: Lucia Helena.

Requerentes: K&S Aquisições Ltda. e Kolynos do Brasil S.A.

Mercado relevante do produto: escova dental, creme dental, enxaguante bucal e fio dental.

Mercado relevante geográfico: nacional.

Data de julgamento: 18 de setembro de 1996, 14.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: D.O.U 27 de setembro de 1996, Seção 1, n. 189, p. 19250.

Data do acórdão: D.O.U 27 de setembro de 1996.

> Ementa: "Ato de Concentração. Art. 54 da Lei 8.884/1994. Aquisição de empresa nacional. Operação realizada no exterior. Art. 2.º, *caput*, Lei 8.884/1994. Mercados relevantes de fio dental, enxaguante bucal, escova dental: ausência de dano ou ameaça de dano à concorrência. Aprovação da operação. Mercado relevante de creme dental: existência potencial de dano. Aprovação do ato condicionada à aceitação de condições impostas pelo Colegiado. Exigência complementar de compromisso de desempenho. "

Resumo

A aquisição da empresa Kolynos do Brasil S.A. pela Colgate Palmolive Company, operação efetivada no exterior, foi submetida ao CADE. Por meio de leilão privado, a Colgate Palmolive Company e a KAC Corporation, sua subsidiária, compraram parte da Americam Home Products Corporation – AHP. A Colgate Palmolive, por meio da K&S Aquisições Ltda., informou que a transação na seara brasileira se dera pela compra dos Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., a então sucursal brasileira da AHP. No tocante ao ocorrido no Brasil, o valor da transação tinha sido de setecentos e sessenta milhões de dólares.

Sob o argumento de que a operação envolvendo a Kolynos do Brasil Ltda. melhoraria as condições de capacidade de produção, desenvolvimento do mercado interno e tecnológico, das exportações e do mercado dos insumos dentais como um todo, a K&S Aquisições Ltda. garantiu que as duas empresas continuariam com suas próprias organizações, impedindo condutas concentradas de prejudicar a concorrência.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae aduziu, em seu parecer, que, por conta da manutenção da estrutura individual de cada empresa, mesmo sendo unificado o controle, haveria ausência de cooperação no sentido de equilibrar a disparada da concentração. Haveria alteração no molde concorrencial dos já concentrados mercados de creme e escova dentais. No mercado de enxaguantes bucais e fio dental a concentração seria marginal. A geração de barreiras à entrada seria motivada pelo significativo poder de mercado, dada a conjuntura. Em relação à importação, a secretaria não vislumbrou grandes problemas. Porém, anotou a possibilidade de se haverem vultosos gastos com o marketing necessário para a entrada de nova marca no mercado.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, alegou que não seria contrabalançado o coeficiente de concentração tomando-se por base as eficiências apontadas pelas empresas em questão. Afirma a SDE que, com a operação, a Colgate Company encontrar-se-ia em estado análogo ao de monopólio, resultado da intensificação da concentração do mercado de escovas e cremes dentais, que já é um mercado concentrado. Ao fim, a secretaria aduz não ser possível afirmar-se a prática de lesão à ordem econômica. Para fins de se cumprir o disposto no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994, seria preciso um exame mais atento da concentração.

A Procuradoria do CADE, baseando-se no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994, foi a favor da aprovação da fusão, condicionada à Termo de Compromisso de Desempenho. Afirma que a negociação poderia observar as condições contidas no artigo em tela, visto que a Colgate Company se propôs a prover todos os elementos para que os estreantes no mercado alcançassem, no lapso de tempo estipulado, uma posição no mercado de 20% do comércio de creme dental.

Em seu voto, sustentou a Conselheira Relatora, em relação à operação, que sobre os mercados relevantes nos segmentos de enxaguante, escova e fio dental, não existem danos possíveis ou reais para a concorrência. Já em relação ao mercado do creme dental, somente se efetivaria a fusão pela Colgate Company, caso fosse contemplada uma das alternativas do Termo de Compromisso de Desempenho, ou seja: a suspensão temporária do uso da marca Kolynos; o licenciamento exclusivo para terceiros da marca Kolynos; ou a alienação da marca Kolynos.

Unanimemente, a decisão do Plenário aprovou os termos do Compromisso de Desempenho, tal qual exposto no voto da Relatora, juntamente com os votos dos demais Conselheiros.

A Companhia Colgate adotou a medida de suspender o uso da marca Kolynos, durante quatro anos, visando facilitar a entrada dos demais concorrentes no mercado. Metas qualitativas e quantitativas foram determinadas em relação os investimentos, ganhos na produtividade, programas relacionados à saúde bucal, a serem feitas até o ano de 2001. No mais, a Colgate Company ficaria encarregada de proporcionar às empresas concorrentes contratos de produção, suporte e entrega de até quatorze mil toneladas por ano, no segmento concernente à marca Kolynos Super Branco, compreendendo assessoramento para distribuidores de grande porte entrarem com suas marcas no mercado.

(CADE – Relatório Anual 1996. p. 42 e 45 a 46.)

c) Caso Brahma/Miller Brewing -1997.

Ato de Concentração n. 58/1995.

Conselheiro-Relator: Renault Castro.

Requerentes: Companhia Cervejaria Brahma CCB e Miller Brewing Company/MBC e Miller Brewing M 1885, Inc.

Mercado relevante do produto: cerveja.

Mercado relevante geográfico: brasileiro.

Data do julgamento: 11 de junho de 1997, 41.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 27 de junho de 1997, Seção 1, n. 121, p. 13.471 a 13.482.

Data do acórdão: DOU 27 de junho de 1997.

> Ementa: "*Joint venture* e outras tratativas entre Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1885. Mercado nacional de cerveja. Mercado altamente concentrado. Operação que resulta em elevação do poder de mercado de empresa dominante. Fortalecimento da estrutura existente. Barreiras à entrada de novos concorrentes e ao crescimento das empresas com pequena participação no mercado.

> Produto de consumo em crescimento. Aprovação do ato condicionada à aceitação de condições, mediante compromisso de desempenho. ”

Resumo

A *joint venture*, objeto da operação visada pela Miller Brewing do Brasil Ltda. – Miller Companhia Cervejaria Brahma CCB e Miller Brewing Company/MBC e Miller Brewing Inc. teve seus instrumentos constitutivos submetidos à apreciação do CADE. Tinha como objeto social a fabricação, importação e exportação de produtos comestíveis e bebidas, a exploração de suas marcas e de marcas licenciadas, a realização de serviços de assistência técnica a produtores de cerveja, a prestação de atividades relacionadas ao objeto social, a representação de empresas em geral, além da participação em outras sociedades.

A empresa Brahma e a Miller Brewing 1885, Inc., esta subsidiária da empresa Miller Brewing MBC, formaram uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com equivalência de condições. A justificativa dada para a operacionalização da concentração, repousou no argumento de que se buscava suprir a grande variedade no consumo do mercado interno e visando ampliar o mercado como um todo. Os contratos para se concretizar a união firmaram-se em 28 de outubro de 1988, tendo efeito até 31 de outubro de 2010 (Importante frisar que este termo final não traduziria necessariamente, segundo o Conselheiro-Relator, a duração da aliança, do ponto de vista estratégico.)64 ou até vir a ser rescindido o Acordo de Associação de Empresas, o qual sujeito ao cumprimento de metas de desempenho.

Para a Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, importações e exportações não se configuravam como relevantes para o produto cerveja, fixando como predominante o mercado brasileiro. A Miller Breewing Company e a Miller Brewing 1885, Inc., sua subsidiária, não operavam no mercado nacional, e por conta disso, não haveria aumento do grau de concentração do mercado relevante. Continua a Seae, aduzindo em seu parecer, que a concentração ainda acarretaria um avanço para a competição com os demais fabricantes atuantes no Brasil. Portanto, a secretaria é a favor da aprovação da união das empresas.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, por seu turno, aduziu em seu parecer que, por conta das diminuições em tarifas de importação, entre os anos

1994 e 1995, as marcas importas tornaram-se mais frequentes no mercado, somado ao fato de as fabricantes importadas aproveitarem a época do verão para aliviar os estoques que se empilham durante o ano. Ainda, por conta de a mercadoria deter atributos que a diferenciam, torna possível que sua denominação seja "chope engarrafado", reposicionando-a, assim, para outro setor do mercado. A SDE chamou atenção ao fato de a empresa ainda não atuar no mercado brasileiro. Então, em relação à concentração de mercado, por mais que este índice já esteja alto, não haveria concentração. Além disso, a junção das empresas em tela não reverteria em aumento da capacidade de produção, logo, não implicando em ato de concentração econômica. No entanto, posteriormente, a própria SDE constatou que um dos contratos firmados previa o início da produção da cerveja Miller Genuine Draft no Brasil pela nova empresa. Ao final, o parecer foi para aprovar a operação.

A sugestão da Procuradoria do CADE ao Conselheiro relator foi no sentido de se aprovar a negociação entre as empresas com certas restrições. Mesmo levando-se em conta as vantagens que a operação traria de imediato ao consumidor, mais adiante poderíamos nos deparar com prejuízos no mercado, por conta de se possibilitar a composição de oligopólio no mercado, apesar do aumento de marcas disponíveis. Isso ocasionaria óbices para o estabelecimento, exercício e evolução das cervejarias concorrentes. No mais, afirmou que as eficiências expostas não se bastariam para dar azo à aprovação da operação, conforme disposto no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994

O Conselheiro Relator, por seu turno, entendeu que não existiam benefícios coletivos relevantes para a coletividade, possivelmente originados do crescimento da capacidade produtiva, melhorias da qualidade e avanço tecnológico do produto. No mais, o mercado brasileiro de cervejas já conta com alto índice de concentração, sendo dominado por apenas duas cervejarias. A cervejaria Kaiser é refutação considerável a esta fusão. Por conta disso, caso aconteça a operação, haverá a supressão como que absoluta de uma das únicas adversárias no mercado. Ainda, declarou o Conselheiro não ser a única alternativa para introduzir-se no mercado brasileiro a associação com a cervejaria Brahma, referindo-se, como exemplo, ao caso da cervejaria Corona e a empresa Arisco, e que a Miller pertence ao Grupo Phillip Morris, empresa atuante no cenário nacional, da qual seria possível usufruir da logística já em uso. Ao fim, o Relator aprovou a operação, sob aceitação pelas requerentes das condições determinadas, conforme disposto no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994.

Mais adiante, foi feito pedido de reapreciação por parte das empresas, apontando fatos novos e pleiteando pela aprovação condicional do ato. A decisão de validar a operação sob condições restou mantida pelo Plenário do CADE. A determinação foi no sentido de que a cervejaria Brahma teria que oferecer, mediante oferta pública, parte de sua capacidade de envasamento para cervejaria de pequeno porte, já presente no mercado relevante, bem como ofertar publicamente contratos de auxílio, visando a transmissão de conhecimentos de técnicas de gerenciamento, tecnologia de produção, engenharia de montagem etc. Foi concluído um Termo de Compromisso de Desempenho. Tendo a empresa Eduardo Bier feito a arrematação em oferta pública, relativa ao contrato de envasamento.

(CADE – Relatório Anual 1997. p. 86 e 120 a 124.

CADE – Relatório Anual 1998/1999. p. 84 e 97 a 100.)

d) Caso Antarctica/Anheuser-Bush -1997.

Ato de Concentração n. 83/1996.

Conselheira-Relatora: Lúcia Helena.

Requerentes: Cia. Antarctica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos e Anheuser-Bush International Inc.

Mercado relevante do produto: cerveja.

Mercado relevante geográfico: nacional.

Data de julgamento: 18 de junho de 1997. 8.ª Sessão Extraordinária do CADE.

Publicação: DOU 27 de junho de 1997, Seção 1, n. 121.ª, p. 1342 e 1343.

Data do acórdão: DOU 31 de dezembro de 1997.

> Ementa: "Ato de concentração. Reapreciação com base no art. 27 da Res. CADE 5/1996. Fatos novos apresentados. Redesenho da operação. Alterações de cláusulas contratuais consideradas anticoncorrenciais. Demonstração do comprometimento com a

entrada do concorrente potencial. Demonstração e quantificação do potencial de eficiências e benefícios a serem compartilhados com o consumidor. Pedido de reapreciação acolhido como revisão do prazo de duração da associação, estipulando em dois anos na decisão exarada em 23.07.1997. Art. 54 da Lei 8.884/1994. Mercado nacional de cerveja. Estrutura de mercado concentrada. Competição prevalecente por diferenciação de imagem. Fortalecimento de posição dominante. Reforço das barreiras à entrada de novos concorrentes. Eliminação de concorrência potencial. Desestímulo à entrada de novos "players" independentes no mercado. Operação que supera os limites necessários aos objetivos perseguidos. Potencial de atendimento às condições previstas no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994. Necessidade de comprometimento efetivo com a entrada de concorrente potencial e para caracterização de um novo *player*, capaz de agregar dinamismo e eficiência ao mercado. Aprovação do ato, sob nova modelagem, condicionada à aceitação de condições mediante termo de compromisso."

Resumo

Trata-se de Instrumento Particular de Associação e outras Avenças submetido para a apreciação do CADE pelas empresas Companhia Antarctica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, sociedade de controle do Grupo Antarctica e Anheuser-Bush International Inc. – ABII, fabricante da cerveja Budweiser, juntamente com sua subsidiária Anheuser Bush International Holding Inc. – ABIH

No caso, o documento cuidava da compra, pela Anheuser-Bush, tanto de participação acionária de empresas submissas à Antartica, como de participação no capital social, pelas duas, da Budweiser do Brasil Ltda. Foram transferidas para a Antarctica Empreendimentos e Participações – ANEP, sociedade constituída com escopo único de ensejar a junção com a Anheuser – Bush; restaram como únicos quotistas a ABIH e a Cia. Antarctica Paulista e as participações acionárias da Cia. Antarctica Paulista nas empresas integrantes do Grupo Antarctica.

Foi argumentado pelas postulantes, como pretexto para a operação, a participação em conjunto das empresas em relação às campanhas de marketing, na produção em si, uso da marca e comercialização da cerveja Budwiser no mercado nacional; ainda como motivação, haveria o auxílio mutuo objetivando a inserção e o fomento de cervejas e refrigerantes de produção da Antartica no mercado externo. Inicialmente, este contrato valeria por vinte anos, porém, com previsão de permanecer válido além desse período, enquanto a ABIH ou suas associadas possuam as quotas iniciais da ANEP, seria por prazo indeterminado.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, após fazer um balanço das condições do mercado relevante nacional, concluiu pela viabilidade da operação. Foi verificado um aumento relevante no consumo de cervejas de dois anos para cá. Ademais, haveria uma pulverização da demanda, assim como um grande potencial mercadológico. Por seu turno, as barreiras à entrada concentrar-se-iam na rede de distribuição e na lealdade à marca por parte dos consumidores. Com relação aos efeitos da operação, a Seae considerou que não haveria em aumento de concentração ou modificação na concorrência no mercado relevante de cervejas. Isso porque a cerveja importada Budweiser participaria minimamente no mercado nacional. A Secretaria, a final, foi de opinião que a operação poderia restabelecer a concorrência no segmento, em virtude de equilibrar a Kaiser/Heineken e a Brahma/Miller, no mercado brasileiro.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, procedeu à análise dos documentos e atos constituintes da operação. Foi ressaltado que a demanda teria sido menor que a oferta, por conta dos investimentos consubstanciados pelos principais produtores de cerveja. A SDE elencou as eficiências apontadas pelas empresas.

Em seu parecer, a Procuradoria do CADE considerou como benéfica ao consumidor a associação das empresas, a prioristicamente. Porém, as eficiências trazidas pelas empresas em tela são deficientes para satisfazer o previsto no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994. Riscos e possíveis danos para o equilíbrio da concorrência poderiam ocorrer, levando-se em conta as negociações conferindo para a ABII a opção de incrementar sua participação na Antartica. A recomendação foi pela aprovação com restrições, respeitando as condições da lei.

O entendimento da Conselheira-Relatora foi pela aprovação da operação, com restrições, dentro das quais, a de que não passassem de vinte e quatro meses os acordos entre as empresas. A Relatora assegurou que dentro desse limite de tempo, o que atenderia

o disposto no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994, os objetivos pretendidos pelas requerentes seriam afins com o interesse público de defesa concorrencial.

A operação foi aprovada com restrições, em plenário, pela maioria, conforme parecer da Conselheira-Relatora.

As requerentes formularam pedido de reapreciação, apoiando-se no art. 27 da Resolução CADE n. º 5/96, por não terem concordado com as exigências para a aprovação.

O pedido foi acolhido, com base nos §§ 1.º e 2.º do art. 54 da Lei 8.884/1994, por haver mais detalhamento nos argumentos de eficiência, fatos novos terem sido apresentados.

Por haverem fatos novos, denotando potencial de produção de eficiências, foi concedida a aprovação de prazo mais extenso para a associação, caso fosse rigoroso o cumprimento do Programa de Investimentos posto pelas empresas, bem como levados a cabo a execução das opções de aquisição de participação acionária, a partir dos contratos que deram origem à associação entre as duas empresas.

Em 5 de julho de 1999, foi comunicada, pelas empresas, ao CADE, a extinção da associação.

(CADE – Relatório Anual 1997. p. 86 e 124 a 129.)

e) Caso Usiminas/Cosipa (1999)

Ato de Concentração n. 08012.009463/98-14.

Conselheiro-Relator: Ruy Santacruz

Requerentes: Usiminas Siderúrgica de Minas Gerais – Usiminas e Cia Siderúrgica Paulista – Cosipa.

Mercado relevante do produto: aços planos.

Mercado relevante geográfico: nacional.

Data do julgamento: 14 de julho de 1999, 128.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 23 de julho de 1999, Seção 1, n. 140-E, p. 1 a 3.

Data do acórdão: DOU 11 de agosto de 1999.

> Ementa: “Ato de concentração. Reestruturação societária, financeira, patrimonial e operacional das requerentes. Operação conhecida por haver realizado transferência de ativos entre ambas. Mercado de aços planos. Inexistência de alteração nas relações de propriedade acionária. Obrigatoriedade de apresentação ao CADE de conversões de debêntures de posse de acionistas da Usiminas em ações da Cosipa. Aprovação sem condições, uma vez que não houve alteração no grau de concentração ou de qualquer outro atributo do mercado. ”

Resumo

As empresas Usiminas e Cosipa aprovaram as providências seguir, em sede de reforma societária, patrimonial, financeira e operacional, com transferência de ativos e passivos por doação, conforme aprovado em Assembleia Geral Ordinária:

1. mudança da planta de oxigênio, dos direitos de uso dos gases e do porto reservado de Santos da Cosipa em favor da Usiminas.

2.lançamento de debêntures não conversíveis em ações e plenamente resgatáveis, para pagamento de débitos atrasados da Cosipa; e

3.lançamento pela Cosipa de debêntures perpétuas, no valor de novecentos milhões de reais, plenamente conversíveis em ações e admitindo participação nos lucros

O objetivo da operação seria o de se criar a “Nova Cosipa” e a “Nova Usiminas”, cabendo àquela a exploração das práticas siderúrgicas em desenvolvimento pela Cosipa, e esta seria o produto da incorporação de ambas as empresas. Com a concentração, houve a transmissão de R$ 900 milhões em dívidas da Cosipa para a “Nova Usiminas”, dos quais R$ 400 milhões haviam sido pagos por meio do lançamento, pela Usiminas, de 10.000 debêntures simples. Os R$ 900 milhões em debêntures perpétuas lançadas pela “Nova Cosipa”, seriam ocasionalmente subscritos pela “Nova Usiminas” na ausência de demais interessados.

Com a operação, as denominações sociais e acionistas das empresas constituintes continuam os mesmos.

Nenhuma modificação na constituição do capital votante das empresas, com a concentração, ensejaria modificação súbita da parcela com direito a voto das sociedades. Contudo, seria sujeito à apreciação do CADE uma possível modificação das debentures perpétuas da "Nova Cosipa" em ações preferenciais ou ordinárias. Importante enfatizar que as 500 mil debentures lançadas pela Cosipa, caso convertidas em ações, configurariam 44,74% do capital votante. Estas, em posse da Usiminas, elevariam sua participação na Cosipa para 94,54%, frente aos 49,8% anteriores.

Mais adiante, as requerentes chamam a atenção para os efeitos benéficos à competição que a operação traria. Segundo o que afirmam, ocorreria a manutenção da Cosipa como agente econômico autônomo, sendo certo que ficaria livre das dívidas, estas assumidas pela Usiminas, além da emissão das debentures. Assim, recuperaria sua positividade financeira, novamente podendo confrontar a redução das vendas no segmento da siderurgia.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, em seu parecer, aduz que, mesmo antes de se proceder a concentração, a Usiminas detinha participação majoritária na Cosipa. Esse fato, menciona a Seae, impossibilitaria que houvessem variações no eixo do mercado em tela, caso a Usiminas viesse a possuir participação majorada nas ações. Ainda que a Usiminas fosse somente sócia majoritária da Cosipa, a verdade é que sempre se denotou unicidade em sua forma de funcionamento. Com isso, continua a Secretaria, a manobra em exame daria aso à continuidade das atividades da Cosipa na siderurgia. Ainda, é visível o aquecimento concorrencial a curto prazo do mercado em questão, por conta de se encontrar um possível concorrente no setor: participação do capital francês na siderurgia brasileira. Ao final, a Seae, fundamentando-se no fato da Companhia Siderúrgica Nacional– CSN estar no controle da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, que detém considerável parcela do capital votante da Usiminas, argumentou para razoável aprovação da concentração.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, aduziu que a operação não condizia com o disposto no *caput* do art. 54 da Lei 8.884/1994, portanto, o processo seria passível de arquivamento, pois dispensaria a aprovação do CADE para tanto, já que não haveria alteração na parte acionária de nenhuma empresa. Porém, a SDE chama

atenção ao fato da conversão em ações das debêntures da Cosipa, que configuraria ato de concentração, logo, susceptível à análise dos órgãos competentes.

A Procuradoria do CADE evidencia que a reforma societária não contagiaria o consumidor, não havendo problemas para a aprovação da operação. Aduz que o ato deveria ser analisado sob o § 3.º do art. 54 da Lei em comento.

O Conselheiro Relator, com base na transferência de ativos, fruto da concentração das empresas, salientou que poderia ser provável a desestruturação do mercado em questão, por conta da manobra. Então, caberia ao CADE apreciá-la, com base no § 3.º do art. 54 da Lei Antitruste. No tocante às debentures, o Relator não vislumbrou capacidade danosa para a ordem econômica, somente sendo necessária a atuação do Conselho em caso de serem convertidas em ações, momento em que também transmutaria o quadro societário das requerentes. No mérito, posicionou-se pela aprovação da operação. O revigoramento empresarial da Cosipa não configurou alteração no nível de concentração do mercado em voga, logo, sem prejuízo para a ordem econômica. O voto foi acompanhado pelos demais conselheiros.

f) Caso Ambev - 2000.

Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12.

Conselheira-Relatora: Hebe Romano.

Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S.A. e Ecap e Braco S.A.

Mercado relevante do produto: águas, cervejas e refrigerantes.

Mercado relevante geográfico: mercado 1: Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina; mercado 2: Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo; mercado 3: Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Roraima e Tocantins; marcado 4: Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Maranhão, Rio Grande do Norte e Sergipe; mercado 5: Acre, Amazonas e Roraima.

Data do julgamento 29 de março de 2000. 161.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 07 de abril de 2000, Seção 1, n. 68-E, p. 2 e 3.

Data do acórdão: DOU 11 de abril de 2000. Seção 01, n. 70-E, p. 01

> Ementa: "Ato de concentração. Reunião de controle acionário. Criação de nova sociedade. Aplicação do art. 54 da Lei 8.884/1994. Aprovação do ato, por maioria de votos, com restrições. Termo de Compromisso de Desempenho.
>
> I. As questões preliminares aduzidas pela Conselheira-Relatora foram, por unanimidade, acompanhadas pelo Plenário.
>
> II. No mérito, o requerimento de aprovação do ato foi acolhido, com restrições, por maioria de votos, vencido o Conselheiro Ruy Santacruz.
>
> III. Sob a denominação de *Companhia de Bebidas das Américas* – AmBev, a nova sociedade, deverá firmar com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE Termo de Compromisso de Desempenho, em que se compromete a implementar viabilização de uma nova entrante nacional; a providenciar oferta pública de unidades fabris de cervejas que pretenda desativar; a promover o compartilhamento regional de distribuição com empresas para cinco cervejeiras; a não impor exclusividade em ponto de venda, e a manter o nível de emprego".

Resumo

A Empresa de Consultoria, Administração e Participações S.A. – Ecap e Braco S.A., e a Fundação Antonio e Helena Zerrenner, acionista que detém o controle da Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, ambas empresas que controlam a Companhia Cervejaria Brahma, apresentaram ao CADE ato onde resolveram unirem-se perante igual controle acionário. Assim, por meio da integralização das quotas ordinárias que representam a Brahma e a Antartica, dar-se-ia a criação de uma nova entidade, denominada Companhia de Bebidas das Américas – AmBev.

A motivação dada para a fusão escorou-se no argumento de que o mercado mundial, com a criação dos blocos econômicos, esquentando o cenário da concorrência, apenas poderia ser confrontado por meio da realização da operação em tela.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, em seu parecer, alega que o ato não seria benéfico ao consumidor do mercado em tela. Tanto por conta dessas empresas terem participação vultosa no mercado, o bastante para tornar possível seu poder de mercado, ainda mais na modalidade aumento de preços, quanto pelo fato de as importações não se configurarem como alternativa satisfatória para os consumidores. Consoante a Seae: o ingresso de novas empresas é insuficiente para impedir a majoração de preços; as outras marcas existentes no mercado não se constituiriam em efetivas alternatinas para os consumidores, em relação às marcas sob o jugo das requerentes; as eficiências não seriam de modo a compensar as perdas aos consumidores, em razão do aumento provável do preço da cerveja; e o ingresso de novas empresas não impediria o aumento de preço.

Assim sendo, tanto os ativos tangíveis como os intangíveis da AmBev, deveriam ser alienados no que corresponde à totalidade da comercialização de cervejas da marca Skol, para que a operação pudesse ser aprovada. A Secretaria segue, recomendando a alienação de certas plantas localizadas em Manaus ou Cuiabá. Por último, a recomendação da Seae foi que se estabelecesse um prazo para se observarem as exigências, de não mais que seis meses, bem como averiguada a prorrogação do contrato objeto do ato n° 58/95, entre as cervejarias Miller e Brahma, por ter sido examinado em situação mercadológica diversa da atual.

A Secretaria do Desenvolvimento Econômico – SDE, o problema com a manobra traria prejuízos apenas para a concorrência no mercado da cerveja. Restariam descumpridos os requisitos dos incisos II, III e IV do §1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994, caso fosse aprovada sem restrições, por conta da grande limitação da concorrência no mercado, o provável não compartilhamento de eficiências com o consumidor e a não observação aos limites existentes indispensáveis para o êxito do escopo proposto.

Ainda, a Secretaria julgou desapropriadas as medidas com objetivo compensatório. Segundo ela, a ingerência deveria dar-se por meio de remédios estruturais, a transferência de ativos das empresas partícipes da operação a concorrentes hábeis a restabelecer o equilíbrio concorrencial no mercado.

Com base no exposto, a SDE concluiu que, como requisito para validação da operação, que uma das empresas de cerveja sob controle das requerentes (Skol, Brahma ou Antartica) fosse alienado para um único comprador.

A Procuradoria do CADE, por seu turno, argumentou em seu parecer que o incremento na concentração do mercado em vista unicamente configuraria prejuízo ao mercado, a ponto de motivar o desfazimento da operação. Avaliou que as eficiências causadas com a operação eram inquestionáveis. Ainda mais, carecem de provas no processo os possíveis danos que causaria a operação, além de não ter sido demonstrado que a elasticidade na demanda fosse limitada. Com relação às barreiras para a entrada, a Procuradoria chamou atenção para o fato da operação acarretar severa limitação no número de possíveis opções por parte do consumidor. Por conta desses dois fatores, tanto o prejuízo ao mercado quanto o benefício das eficiências, a autoridade deveria valer-se do preconizado no art. 54, §9.º da Lei Antitruste de 1994, no sentido de se anularem resultados maléficos à concorrência resultantes da operação. Concluindo o parecer, a Procuradoria evidencia a relevância em se impor às empresas que se encarregassem de tomar medidas para treinamento e realocação da mão de obra, caso postos de trabalho viessem a ser perdidos, ou por encerramento de atividades de alguma unidade de produção, ou por conta de reorganização interna na empresa.

A Conselheira Relatora, em seu voto, afirmou que a operação somente teria como resultado o incremento de posição dominante unicamente no mercado de cervejas, e ainda, no âmbito nacional, as eficiências internas aptas a barrarem os danos para a concorrência, não ocorreriam. Para tanto, as empresas deveriam submeterem-se a certas restrições, visando garantir a vez dos concorrentes internos, bem como atuar da melhor forma no mercado internacional.

Os Conselheiros acompanharam o voto da Relatora, por maioria de votos, com restrições apenas ao mercado de cervejas, sob condição de assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho. Com relação ao mercado de águas e refrigerantes, não houveram restrições.

O TCD entre o CADE e as requerentes, fundamentalmente, refere-se, à colocação em prática do "*conjunto integrado de medidas*" (subcláusula 2.1), que abarcou a alienação da marca Bavária, a venda de cinco fábricas, bem como o compartilhamento da distribuição. A AmBev, complementarmente, comprometeu-se a compartir sua rede de distribuição nos cinco mercados geográficos relevantes (subcláusula 2.2), desativar demais fábricas (subcláusula 2.3), conservar o mesmo nível de emprego (subcláusula

2.4), deixar o ponto de venda livre de exclusividade (subcláusula 2.5) e maximizar as eficiências relativas à concentração (subcláusula 2.6).

g) Caso Kellogg/Superbom (2001)

Ato de Concentração n. 174/97.

Conselheiro-Relator: Celso Campilongo.

Requerentes: Kellogg do Brasil & Cia. E Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda.

Mercado relevante do produto: cereais prontos para consumo.

Mercado relevante geográfico: nacional.

Data do julgamento: 21 de março de 2001. 201.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 30 de março de 2001, Seção 1, n. 63 p. 2 e 3.

Data do acórdão: DOU 28 de maio de 2001, Seção 1, n.102-E, p. 5 a 8.

> Ementa: "Ato de concentração. Aquisição do negócio de cereais matinais da Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda. pela Kellogg do Brasil & Cia. Obrigatoriedade de apreciação da operação pelo CADE, tendo em vista que o ato é alcançado pelos parâmetros previstos no § 3.º do art. 54 da Lei 8.884/1994. Apresentação tempestiva. Mercado relevante nacional de cereais matinais para consumo. Estrutura de mercado concentrada. Geração de eficiências e benefícios compartilhados com o consumidor. Atendimento a condições previstas no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994. Aprovação da operação sem restrições".

Resumo

Foi apresentado ao CADE, pelas empresas Kellogg Brasil & Cia. e Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda., a negociação envolvendo a compra da Superbom pela Kellogg, onde foram adquiridos todos os ativos relativos à comercialização e produção de cereais matinais, marcas, fórmulas para produção,

históricos de venda, informes estatísticos e material promocional. A operação não envolveu outras manufaturas desta empresa. Entrou no negócio a permissão de uso de certas marcas em prol da Superbom, por cinco décadas, gratuitamente, e ficando garantida a preservação da denominação social "Produtos Alimentícios Superbom Ind. e Com. Ltda.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, foi favorável, em seu parecer, com a operação em tela. Afirmou que a Kellogg passaria a dominar 64,6% do mercado, frente aos 59% que já detinha anteriormente, sendo líder do mercado. Ainda, chamou a atenção para o fato de as empresas não terem conseguido comprovar que as eficiências fossem bastantes para re4generar o mercado. A Seae, adiante, aduziu que existiam evidências apontando para uma possível tentativa de se retomar fatia do mercado, bem como extinguir forte concorrente. Em contrapartida, a Secretaria concluiu que, mesmo havendo entraves concernentes ao custo de diversificação por marca e barreiras decorrentes de vantagens absolutas de custos para operação com grandes varejistas, para começar uma nova produção, não se encontrariam barreiras expressivas para alcançar uma parte mínima do mercado.

No mais, frente a grande flexibilidade da demanda, crescimento nas vendas dos últimos anos e o advento de novos concorrentes, ainda, trata-se de um produto não essencial, com grande diferenciação, minimizando significativamente a possibilidade de acordos entre as empresas, fazendo com que a operação não ultime em aumento do poder de mercado.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, emitiu parecer favorável à operação, sem restrições. Diferentemente da Seae, considerou que após a operação a Kellogg deteria a fatia de 62,4% do mercado. Segundo a secretaria, a aquisição deixaria de cumprir o disposto no art. 54 da Lei Antitruste de 1994, referindo-se às eficiências de mercado. Não haveria substanciais barreiras à entrada, inobstante as barreiras causadas pela diferenciação do produto e valorização e propaganda da marca serem suscetíveis de inibir a entrada de concorrentes novos. A linha de pensamento utilizada pela SDE repousou no fato de que os cereais matinais não são um produto tido como essencial pelo consumidor nacional. Dessa forma, a demanda apresenta-se altamente elástica, restringindo a domínio das empresas atuantes neste mercado.

A Procuradoria do CADE, assim como a Seae e SDE, e acompanhando seus raciocínios, opinou pela autorização, sem restrições, da operação. Não vislumbrou

prejuízos para a concorrência, além de aduzir que a participação relativa de mercado relevante não sofreria alterações.

O Conselheiro Relator, em seu voto, foi pela não aprovação da operação. O Relator enxergou que a concentração das empresas acabaria por aumentar a concentração no segmento de cereais matutinos, visando preservar e majorar sua posição no mercado, além de não estar sendo observado o disposto no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994.

O Plenário do CADE, pronunciou-se pela aprovação da operação, por maioria, sem impor restrições, e em acordo com os pareceres das secretarias.

h) Caso Petrobrás/Repsol (2002)

Ato de Concentração n. 08012.003776/2000-62.

Conselheiro-Relator: Roberto Pfeiffer.

Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás e Repsol-YPF S.A. - Repsol YPF.

Mercado relevante do produto: (1) exportação, desenvolvimento da produção e produção de petróleo; (2) refino e processamento de petróleo; (3) distribuição de derivados de petróleo; e (4) revenda de derivados de petróleo.

Mercado relevante geográfico: os seguintes, respectivamente – (1) mundial; (2) Estado do Rio Grande do Sul; (3) Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Paraná e Santa Catarina; e (4) todas as localidades em que as "bandeiras" Repsol YPF e Petrobrás (BR) tinham presença concomitante antes da operação e, especificamente as cidades de Magé (RJ), Santo Antônio de Pádua (RJ), Imbituba (SC) e Lontras (SC).

Data do julgamento: 14 de abril de 2002, 243.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 19 de abril de 2002, Seção 1, n.75, p. 46 e 47.

Data do acórdão: DOU 29 de abril 2002, Seção 1, n. 81, p. 126 a 128.

> Ementa: "Ato de concentração decorrente de permuta de ativos. Aquisição, consórcio, constituição de sociedade. Art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994. Mercados relevantes de produto: (1) exportação, desenvolvimento da produção e produção; (2) refino e

processamento; (3) distribuição de derivados de petróleo; e (4) revenda de derivados de petróleo. Mercados relevantes geográficos: os seguintes, respectivamente – (1) mundial; (2) Estado do Rio Grande do Sul; (3) Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Paraná e Santa Catarina; e (4) todas as localidades em que as "bandeiras" Repsol YPF e Petrobrás (BR) tinham presença concomitante antes da operação e, especificamente as cidades de Magé (RJ), Santo Antônio de Pádua (RJ), Imbituba (SC) e Lontras (SC). Operação que (a) implica em desconcentração na maior parte dos mercados relevantes de distribuição e revenda de derivados de petróleo; e (b) não implica em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de refino de petróleo. Aprovação de acordo com o art. 54, § 1.º, da Lei 8.884/1994".

Resumo

Foi apresentado ao CADE Ato de Concentração pela Petróleo Brasileiro S.A. ("Petrobras") e Repsol YPF S.A., concernente à permuta de ativos. Por meio deste, a Petrobrás obrigou-se a transmitir 100% do capital social da empresa Postos Estações de Serviços S.A., proprietária e administradora dos direitos de comercialização de 40 mil m3/mês de combustíveis a uma rede de cerca de 350 postos de gasolina no Centro-Oeste, Sul e Sudeste do Brasil; 2. 30% do capital social da Refinaria Alberto Pasqualini (Refap – S.A.); e 3. 10% dos direitos e obrigações derivados do contrato de concessão com a ANP, relativo ao campo de Albacora Leste da plataforma marítima da Bacia de Campos.

Com isso, o objetivo da Petrobras visava o mercado de venda, distribuição e revenda de combustíveis líquidos e refino de petróleo da Argentina, assim, ampliando seus negócios no mercado internacional, mais especificamente a américa do sul. Com a operação, a empresa investiria em sua capacidade de refino na Refinaria Alberto Pasqualini, bem como no campo petrolífero Albacora Leste, reduzindo seus riscos e custos, além do obter capital investidor externo.

A Repsol, por seu turno, ficou de ceder 1. 99,6109% do capital social da empresa Eg3 S.A., proprietária de mais de setecentos postos revendedores na República

Argentina e da Refinaria de Bahia Blanca; 2. 3% do capital social da Eg3 Asfaltos S.A.; além de 3. 0,0167% da Eg3 RED S.A. para a Petrobras.

O interesse da Repsol com a negociação seria o de cumprir os com as obrigações de eficiência advindas com a aquisição da estatal, anteriormente pactuadas com a Argentina, além do impulso nos negócios no Brasil.

Por fim, aduziram que, operando-se concorrência, estaria assegurado o acesso de novas empresas em quaisquer dos ramos do negócio do petróleo. A chegada de investimentos no setor, destinados a aumentar rendimento das refinarias que operam atualmente, para futuramente, se implementarem novas refinarias.

A recomendação da Agencia Nacional de Petróleo – ANP, foi no sentido de se aprovar a operação, sem imposição de restrições, respeitando-se o Contrato de Permuta de Ativos exibido, e conforme regras vigentes do setor petrolífero. Em seu parecer, a Agência aduz que, com a operação, não se imbricariam as atividades realizadas desenvolvidas pelas duas empresas no que se refere ao mercado de refino de petróleo e produção de petróleo e gás natural. A ANP argumenta que a operação geraria a desconcentração do segmento de mercado, visto que a Repsol tornar-se-ia agente econômico recém-formado em tais setores. O fato de a Petrobras estar transmitindo fatia de sua participação no mercado de emissão de combustível líquido à Repsol, segundo a ANP, ocasionaria desconcentração de mercado, pois esta passaria a ter montante insignificante na distribuição de combustível em sua região de atuação. A concentração viria a ocorrer no Estado de Santa Catarina, em Lontras, nos setores de revenda de diesel, álcool hidratado bem como no de gasolina. Este alto grau de concentração era elemento estratégico para o ingresso e consolidação da Repsol nos locais onde a empresa havia adquirido os direitos de distribuição. Contudo, não era de se esperar que viesse a implementar uma política de preço exorbitante em tais localidades, o que configuraria abuso do poder de mercado.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, em seu parecer, foi favorável à aprovação da operação, sem restrições, por não entender que houvessem riscos para livre concorrência, no que tange ao varejo e refino, com a entrada da Repsol no mercado.

No entanto, aconselhou que fossem investigados, de antemão, os possíveis efeitos benéficos para a concorrência, originários das cláusulas de exclusividade do Contrato de Compra e Venda de Matérias-Primas concluídos pela Copesul e a Petrobrás.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, seguiu o pensamento de que não haveriam repercussões donosas para a concorrência, opinou em favor, sem restrições, da operação.

O Conselheiro Relator, em seu voto, atentou para as medidas que fomentem a concorrência, por conta do cenário monopolístico preponderante neste segmento do mercado. O art. 63 da Lei 9.478/97 autoriza consórcios da Petrobras com demais empresas. Este dispositivo teria em vista a consolidação da empresa brasileira em sede de concorrência com empresas estrangeiras. Assim, uma associação envolvendo Petrobras e Repsol seria uma oportunidade de ingresso no mercado argentino, além de conter a Repsol, concorrente com melhor potencial de disputar com a Petrobrás. Portanto, o posicionamento do Relator foi o de acolher os entendimentos das Secretarias e Procuradoria do CADE, pela aprovação sem restrições da operação, em acordo com o art. 54, § 1.º, da Lei 8.884/1994.

O plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o entendimento do Relator, aprovando, sem restrições, a operação.

i) Caso Bompreço/G. Barbosa (2003)

Ato de Concentração n. 08012.006976/2001-58.

Conselheiro-Relator: Cleveland Teixeira.

Requerentes: BR Participações e Empreendimentos S.A., Barbosa e Cia. Ltda. e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda.

Mercado relevante do produto: mercado relevante de venda integrada de bens duráveis e não duráveis, realizada em supermercados e hipermercados.

Mercado relevante geográfico: cidades de Salvador/BA, Feira de Santana/BA, Aracaju/SE, Tobias Barreto/BA, Itabaianinha/SE, Esplanada/BA, Ribeira do Pombal/BA, Paulo Afonso/BA e Alagoinhas/BA.

Data do julgamento: 17 de dezembro de 2003, 309.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 24 de dezembro de 2003, Seção 1, n. 250 p. 57 a 59.

Data do Acórdão: DOU 16 de janeiro de 2004, Seção 1, n. 11 p. 21 e 22

Ementa: Ato de Concentração. Aquisição, pela BR Participações e Empreendimentos S.A. (BRPAR), de todos os ativos operacionais, estoques e direitos creditórios de vendas realizadas com cartão "Credi-Hiper", da empresa G. Barbosa & Cia. Ltda. (G. Barbosa) e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda., relacionados ao negócio de comércio varejista. Hipótese prevista no art. 54, §3.º, da Lei 8.884/1994. Operação apresentada tempestivamente ao SBDC. Mercado relevante de venda integrada de bens duráveis e não duráveis, realizada em supermercados e hipermercados nas cidades de Salvador/BA (Mercado 1), Feira de Santana/BA (Mercado 2), Aracaju/SE (Mercado 3), Tobias Barreto (Mercado 4), Itabaiana (Mercado 5), Nossa Senhora das Dores (Mercado 6), Lagarto (Mercado 7), Estância (Mercado 8), São Cristóvão (Mercado 9), Nossa Senhora do Socorro (Mercado 10), Boquim (Mercado 11) e Itabaianinha (Mercado 12), Esplanada (Mercado 13), Ribeira do Pombal (Mercado 14), Paulo Afonso (Mercado 15) e Alagoinhas (Mercado 16). À exceção de Salvador/BA, as demais cidades envolvidas na operação constituem mercados relevantes geográficos distintos e indivisíveis. Em Salvador/BA o mercado relevante geográfico afetado pela operação é constituído pelos seguintes bairros: Pituba, Brotas, Caminho das Árvores, Costa Azul, Rio Vermelho, Engenho Velho de Brotas, Itaigara, Federação, Alto do Saldanha, Engenho Velho da Federação, Vila Laura, Cosme de Farias, Matatu, Garcia, Barris, São Pedro, Nazaré, Saúde, Boca do Rio, Stiep, Tororó, Sé, Luiz Anselmo, Amaralina, Campinas de Brotas, Sete Portas, Armação, Fonte Nova, Nordeste, Comércio e parte de Santa Cruz (Mercado 1). Substituição de agente econômico nos Mercados 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16. Concentração horizontal nos Mercados 1, 2 e 3. Participação de mercado resultante da operação superior

a 20%. Ausência de competidores efetivos nos mercados sob análise. A entrada embora tempestiva e provável, não é suficiente. Possibilidade de reforço do poder de negociação da nova empresa junto aos seus fornecedores de pequeno e médio porte na Região Nordeste. As eficiências apresentadas não cumprem as condições necessárias para concluir que o efeito líquido da operação seria não negativo. Operação aprovada mediante o cumprimento das seguintes condições: (a) alienação das lojas de supermercados e hipermercados, com todos equipamentos necessários ao seu bom funcionamento, situadas na Av. Antônio Carlos Magalhães, 4.479 – Salvador/BA (55 check-outs), Rua Marechal Deodoro, 245 – Feira de Santana/BA (35 check-outs), Rua Vasco Filho, s/n – Feira de Santana/BA (40 check-outs), Av. Francisco Porto, 250, Salgado Filho – Aracaju/SE (38 check-outs), Av. Coelho e Campos, 215, Centro – Aracaju/SE (20 check-outs), Rua Simeão Aguiar, 395, J. C. Araújo – Aracaju/SE (27 check-outs), Av. Augusto Franco, 3.280, P. Novo – Aracaju/SE (19 check-outs), Rua Muribeca, 310, Santo Antônio – Aracaju/SE (18 check-outs), Rua José do Prado Franco, 148, Centro – Aracaju/SE (22 check-outs), Av. Gonçalo P. Rollemberg, 142, São José – Aracaju/SE (15 check-outs), Av. Francisco J. Fonseca, 1.337, Orlando Dantas – Aracaju/SE (14 check-outs), Rua Luiz Chagas, 55, Atalaia – Aracaju/SE (14 check-outs), Rua Major Aureliano, 305, Santos Dumont – Aracaju/SE (17 check-outs), Av. Heráclito Rollemberg, 2.676, A. Franco – Aracaju/SE (14 check-outs), Av. Poço do Mero, 285, Bugio – Aracaju/SE (14 check-outs), Rua Carlos Correia, 453, Siqueira Campos – Aracaju/SE (10 check-outs); (b) a alienação deverá ser feita em blocos separados, sendo i) o primeiro composto pelas lojas de supermercados e hipermercado G. Barbosa em Aracaju, incluindo o centro de distribuição; ii) o segundo pela loja em Salvador; e iii) o terceiro pelas lojas em Feira de Santana; (b.1) os três blocos poderão ser vendidos para compradores diferentes ou para o mesmo comprador, que não poderá ser a mesma empresa que adquirir o

Grupo Royal Ahold; (b.2) de modo a haver a transferência imediata de participação de mercado e o pronto restabelecimento da concorrência, e para se evitar que a(s) loja(s) seja(m) abandonada(s), estipula-se para a venda um prazo não superior a dois meses, a partir da publicação desta decisão; (b.3) a venda das referidas lojas deverá ser feita por leilão, mediante prévia aprovação de seus termos pelo CADE; (b.4) as lojas devem ser vendidas para pessoa física ou jurídica capaz de se tornar competidora efetiva nos Mercados 1, 2 e 3, sendo que o comprador não poderá deter mais do que 20% de participação no mercado em que se situar o bloco a ser adquirido; (b.5) os compradores devem ter a opção de adquirir também o cartão de fidelidade denominado "Credi-Hiper" e a marca G. Barbosa, bem como empregar funcionários-chave da empresa adquirida; (c) alteração da Cláusula XX, do "Instrumento Particular de Cessão de Bens e Direitos e Outras Avenças", celebrado entre as partes no dia 21.12.2001, para que sua delimitação espacial restrinja-se aos mercados definidos, quais sejam: Salvador/BA (Mercado 1), Feira da Santana/BA, Aracaju/SE, Tobias Barreto/SE, Itabaiana/SE, Nossa Senhora das Dores/SE, Lagarto/SE, Estância/SE, São Cristóvão/SE, Nossa Senhora do Socorro/SE, Boquim/SE, Itabaianinha/SE, Esplanada/BA, Ribeira do Pombal/BA, Paulo Afonso/BA e Alagoinhas/BA; e que refira-se apenas ao mercado varejista de supermercados e hipermercados; (d) exclusão da Cláusula IX do "Instrumento Particular de Cessão de Bens e Direitos e Outras Avenças", celebrado entre as partes no dia 21/12/01. O descumprimento de qualquer uma das determinações efetivadas implicará a desconstituição da operação, nos termos do art. 55 da Lei 8.884/1994, e a instauração de Processo Administrativo, sem prejuízo da execução judicial da decisão, nos termos do disposto nos arts. 60 a 78 da Lei 8.884/1994. Determinação de instauração de Averiguação Preliminar, no âmbito da SDE, para investigar o impacto das cláusulas impostas pela empresa Bompreço sobre o mercado de

fornecimento de produtos para supermercado na Região Nordeste; e de expedição de ofício à Seae para que esta elabore, com a maior brevidade possível, estudo para verificar o impacto do processo de concentração recente do setor de supermercados sobre seus fornecedores, de modo a subsidiar as decisões do CADE nesta matéria. Recomendação para que, nos atos de concentração envolvendo redes de supermercados que estão em análise nos órgãos instrutórios (Seae e SDE), seja avaliada a existência de poder de monopsônio e seu impacto sobre a concorrência.

Resumo

Foi submetida ao CADE negociação envolvendo a aquisição dos ativos, direitos de vendas e estoques, da empresa G. Barbosa e Cia Ltda. e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda., pela empresa BR Participações e Empreendimentos S.A. – BRPAR.

Um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (Apro) foi efetuado ao longo do exame da operação pelos órgãos competentes.

O estado de Sergipe, com o intuito de vetar a venda simultânea das duas empresas, propôs uma Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de tutela, contra a BRPAR. A Procuradoria Geral do Estado determinou que se procedesse com a venda de uma delas, ou das duas em separado, no prazo de dois meses. O pedido de tutela antecipada foi parcialmente deferido, no que tangia ao fato da venda conjunta das duas empresas, sem prazo preestabelecido. Após, foi interposto agravo de instrumento, com efeito suspensivo, pela G. Barbosa. O agravo foi indeferido, bem como o posterior pedido para intimar-se o CADE acerca da demanda e presenciar o feito.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, opinou, em seu parecer, que fosse aprovada a operação, com restrições, bem como recomendou que fossem alienados os ativos em blocos, no tangente aos mercados de Aracaju, Salvador e Feira de Santana.

A Secretaria de Direito Econômico – SDE, por seu turno, também fez as mesmas observações quanto à aprovação da operação ser com restrições, juntamente com recomendação para alienação em bloco dos ativos. Segundo a Secretaria, era nítido que a

operação majorou a presença da Bompreço nos mercados de Aracaju, Salvador e Feira de Santana. Ainda, aconselhou que deveria ser retirada a cláusula que impunha direito de preferência (cláusula IX), e fosse alterar a cláusula que estabelece a não concorrência (cláusula XX).

A Procuradoria Geral do CADE, em seu parecer, demonstrou entendimento tal qual a Seae e SDE, no sentido de que fosse aprovada a operação, com restrições nos mercados mencionados. Isso, por conta de ter percebido que a concentração nestas cidades (Salvador, Aracajú e Feira de Santana), já está em nível excessivo de modo a permitir ações restritivas da BRPAR. As sugeridas eficiências não acomodariam a restrição causada pela aprovação da operação, em razão de não ter sido entendido o determinado no art. 54, § 1.º, da Lei nº 8.884/1994. Conforme parecer da Procuradoria, as Requerentes deveriam entre vender seus estabelecimentos nessas cidades ou dos estabelecimentos alienados.

O Ministério Público Federal, deu parecer favorável à operação, porém com restrições, mediante Termo de Compromisso de Desempenho, com lastro no § 1.º do art. 54 da Lei Antitruste aplicável.

O Conselheiro Relator, por seu voto, aprovou a operação, com restrições. O disposto no art. 58 da Lei Antitruste de 1994, por si só, não bastaria para que as eficiências da operação fossem garantidas. Citando os votos dos demais Conselheiros, nos casos da Ambev e Kellogg e Nutribom. O Relator ainda menciona estudo de autoria da Federal Trade Comission – FTC, no qual se ensina que o desinvestimento seria a melhor maneira para se dar cabo das dificuldades relacionadas à alta concentração nos mercados, diante dos processos de fusão. O Relator acompanhou os pareceres da SDE e da Seae, no que tange à exclusão da cláusula sobre direito de preferência e a alteração da cláusula sobre não-concorrência, ambas do Instrumento Particular de Cessão de Bens e outras Avenças. Instaurou Averiguação Preliminar, na esfera da SDE, para se apurar a repercussão das cláusulas determinadas pela Bompreço no suprimento de produtos na região Nordeste. Ainda, pela Seae deveria ser realizado estudo a fim de mensurar a repercussão da fusão no setor em tela sobre os fornecedores. Houve também a recomendação de que fossem aquilatados eventual monopsônio e respectivo impacto na concorrência, no exame de atos de concentração de supermercados, em curso na Seae e SDE.

j) Caso Nestlé/Garoto (2004)

Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89.

Conselheiro-Relator: Thompson Andrade.

Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A.

Mercado relevante do produto: balas e confeitos sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas.

Mercado relevante geográfico: território nacional.

Data do julgamento: 04 de fevereiro de 2004, 312.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 10 de fevereiro de 2004, Seção 1, n. 28, p. 35 e 36.

Data do acórdão: DOU 16 de janeiro de 2004, Seção 1, n. 32, p. 25.

> Ementa: "Ato de Concentração. Aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda. Hipótese prevista no art. 54, §3.º, da Lei 8.884/1994. Concentração horizontal. Apresentação tempestiva. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação – Apro. Denúncias de descumprimento do Apro. Ausência de comprovação de descumprimento do Apro. Aprovação dos relatórios definidos no Apro pela CAD/CADE. Produtos relevantes: balas e confeitos sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas. Dimensão geográfica dos mercados relevantes: território nacional. Grau de concentração resultante: mercado de balas e confeitos sem chocolates: 2,7%; mercado de achocolatados: 61,2%; cobertura de chocolate: 88,5%; e chocolates sob todas as formas: 58,4%. Reduzidos danos à concorrência nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. Eliminação de um dos três grandes *players* dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações mostram que a operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo *price standard* às condições definidas no §1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994. Eficiências

insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem-estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do Ato".

Resumo

As empresas Chocolates Garoto S.A. e Nestlé Brasil Ltda., informaram ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC a compra da Garoto pela Nestlé.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, antes mesmo de o ato ser notificado, enviou ao CADE documento aconselhando a prevenção de possíveis consequências prejudiciais à concorrência em razão da aquisição entre as empresas em questão, advertindo que se definisse para as requerentes que deixassem de praticar todos os atos resultantes do contrato que pudessem alterar o mercado em apreço, de maneira que a coletividade tivesse que arcar com possíveis prejuízos. Segundo a Seae, já seria demasiadamente alto o nível de concentração apurado. Ainda, a operação estaria reunindo duas entre três marcas de peso do mercado em questão, fato que iria ser decisivo na escolha final do consumidor. A Secretaria não acredita que as importações seriam meio eficaz para impedir o exercício do poder de mercado; bem como que provável demissão de funcionários gerasse custos à restrição da operação.

A Secretaria de Direito Econômico – SDE, ateve-se, em seu parecer, ao fato de a aquisição da Garoto pela Nestlé acarretar possíveis prejuízos para a concorrência, devendo o SBDC tomar uma atitude de caráter profilático. A SDE aconselhou ao CADE que optasse por uma Medida Cautelar, a fim de conter as empresas envolvidas de praticarem atos, em virtude do contrato já celebrado, que viessem a alterar estrutura, características, condições do mercado em tela, exemplificativamente: 1. Desativação parcial ou fechamento de fábricas; 2. a demissão de pessoal; 3. a cessação do uso de marcas etc.; 4. a alteração de estruturas e modos de comercialização e distribuição; 5. modificação de relações contratuais com terceiros; 6. integração das estruturas administrativas empresariais; 7. adoção de políticas comerciais uniformes; e 8. intercâmbio de informações sobre a fabricação do produto.

No tocante à adoção de Medidas Preventivas, foi de parecer a Procuradoria do CADE, que o Relator antes de as tomar, após análise do mérito, deveria buscar a manutenção dos aspectos fáticos e jurídicos em tela.

Foi firmado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação – Apro, entre as empresas requerentes e o CADE, com termo na data do julgamento da operação.

A Procuradoria do CADE entendeu ter ficado claro no decorrer do procedimento, que haveria aumento na concentração nos vários mercados em observância (exceto o de balas e confeitos), havendo cabimento para práticas restritivas. Ademais, as eficiências aventadas não justificariam a restrição causada pela aprovação da operação. Assim, não sendo respeitado o que estabelece o art. 54, § 1.º da Lei 8.884/1994. Dessa forma, para a Procuradoria, a operação seria passível de aprovação, com imposição de restrições ao exercício de poder de mercado.

O Ministério Público Federal, deu parecer favorável à operação, caso observadas as condições resolutivas contidas no Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação – Apro, resguardando-se as exigências do art. 54, § 1° e 2°, da Lei Antitruste de 1994.

O Conselheiro Relator votou pela não aprovação e pela desconstituição da operação. O entendimento foi o de que a aquisição não cumpre com o disposto no §§ 1° e 2°, do art. 54 da Lei 8.884/1994. Está-se diante de um mercado que apresenta grandes barreiras técnicas para sua entrada. Nesse caso, o grau das eficiências não superaria o risco para a concorrência, o aumento de preços seria inevitável, visto que não haveria rivalidade suficiente após a operação. Por fim, o Relator posicionou-se pela desconstituição do ato, por meio do distrato, e, conforme o § 9°, do art. 54, da Lei Antitruste de 1994, tomando-se as providências a fim de não haverem ou se eliminarem os efeitos nocivos para a ordem econômica.

O Presidente restou vencido, por ocasião da decisão do Relator, pela desconstituição do ato. Evidenciou o posicionamento das Secretarias, que foram a favor da operação, mesmo que com restrições. Por seu voto, o Presidente aduziu que o Conselheiro Relator teria ultrapassado o limiar essencial para não ocorrerem os efeitos negativos do ato. Concluiu chamando atenção ao princípio da Proporcionalidade, que teria restado ferido, por conta de estarmos defronte a uma punição excessiva para as empresas em tela.

k) Caso BRF - Brazil Foods (2011)

Ato de Concentração no 08012.004423/2009-18

Conselheiro-Relator: Carlos Emanuel Joppert Ragazzo.

Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A.

Mercado relevante do produto: grupos: (a) aquisição de animais para abate; (b) carnes in natura; (c) kit festa; (d) congelados; (e) carnes processadas; (f) margarinas.

Mercado relevante geográfico: mercados estaduais diversos para aquisição de animais para abate. Mercado nacional para os demais grupos.

Data do julgamento: 13 de julho de 2011, 495.ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação no DOU 15 de julho de 2011.

> Ementa: "Ato de Concentração. Procedimento Ordinário. Incorporação de ações da Sadia S.A. pela Perdigão S.A. BRF Brasil Foods S.A. Subsunção ao art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994 em função da participação de mercado resultante e faturamento das requerentes. Tempestividade. Apro. Parecer Seae pela aprovação com restrições. Parecer ProCADE pela aprovação com restrições ou reprovação. Indústria de alimentos refrigerados. Sobreposições horizontais. Aquisição e abate de frangos, perus, suínos e bovinos. Fornecimento de carnes *in natura* e processados (kit festas, lasanhas e pratos prontos, pizzas congeladas, hambúrgueres, kibes e almôndegas, empanados, mortadela, salsicha, salame, frios especiais, frios saudáveis, presunto, apresuntado e afiambrado, linguiça frescal, linguiça defumada e paio, bacon, patês cárneos e margarinas). Poder de compra. Monopsônio na aquisição de frangos e suínos. Concentração elevada na oferta de carne *in natura* de perus. Duopólio. Entrada não efetiva. Ausência capacidade ociosa. Rivalidade não efetiva. Probabilidade de exercício de poder mercado na oferta de carne *in natura* de perus. Concentrações elevadas na oferta de processados. Escala Mínima Viável. Oportunidade de Vendas. Lucratividade da Entrada. Histórico de Entradas. Entrada não efetiva. Rivalidade não efetiva. Necessidade de integração da cadeia produtiva. Economias de escala, escopo e custos

irrecuperáveis. Dificuldades de acesso aos canais de distribuição e venda. Supermercados e marcas próprias. Ausência de poder compensatório. Poder de portfólio. Produtos diferenciados. Marcas. Preponderância das marcas. Requerentes. Rivalidade direta entre marcas Sadia e Perdigão. Análise de preços e quantidades vendidas. Análises econométricas. Elasticidades. UPP. Simulação. Demanda residual. Probabilidade de exercício de poder de mercado na oferta de processados. Efeitos anticompetitivos graves. Eficiências insuficientes. *Failing firm* não aplicável. Análise de remédios. Proposta TCD insuficiente. Reprovação da operação. ”

Resumo

Em 19 de maio de 2009, por meio de acordo de associação, a incorporação de ações da empresa Sadia S.A. pela empresa Perdigão S.A., vindo esta a tornar-se sua controladora, formando-se, assim, a BRF Brasil Foods S.A. A primeira das três etapas reside na recomposição societária da Sadia S.A, na qual a empresa HFF Participações S.A. toma o controle da Sadia, em decorrência da saída de 51% dos detentores de capital com poder de voto desta para a HFF. Em seguida, a HFF Participações torna-se subsidiária integral da Perdição, após esta proceder à incorporação das ações da HFF. Dessa forma, a Perdigão apropria-se indiretamente da Sadia S.A, e modifica sua razão social para BRF Brasil Foods. Ainda, se a BRF incorporar a HFF, passará a ser controladora direta da Sadia. A última etapa consiste na incorporação pela BRF das ações ainda em poder popular, momento em que a Sadia seria integralmente subsidiária.

Um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – Apro foi instituído entre as empresas requerentes e o CADE. Nele, as partes comprometeram-se a manter suas estruturas separadas uma da outra, apenas tendo havido certas flexibilidades para manutenção de negócios de ambas empresas com relação comercialização de produtos in natura, exportações e aquisição de certos produtos.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, opinou pela aprovação da operação, com restrições. A primeira opção aventada pela Secretaria, consistia no licenciamento, por pelo menos cinco anos, de um ativo marca principal (Sadia ou Perdigão), ao mesmo tempo em que ocorresse a venda da totalidade de ativos produtivos

proporcionalmente iguais ao volume de mercado da marca a ser licenciada. Considerando-se a média dos últimos três anos anteriores à operação, tal conjunto de ativos produtivos contempla um pacote integrado dos seguintes elementos: unidades de industrializados (pessoal, instalações e equipamentos); unidades de abate correlatas (fornecedoras de insumos carne de aves ou suínos às unidades de industrializados); e carteiras de contratos de fornecedores integrados, correspondentes às unidades de abate supracitadas. Isso implicava na alienação de ativos de abate de frango no Mato Grosso e de perus no Paraná, incluindo as respectivas carteiras de produtores integrados de frangos e perus, respectivamente. Outra alternativa cogitada, foi a de se alienar um bloco de ativos equivalente às marcas de combate das requerentes Batavo, Rezende, Confiança, Wilson e Escolha Saudável. Tais marcas deveriam ser alienadas simultaneamente com um conjunto de ativos produtivos de mesma proporção de sua atuação no mercado nos últimos três anos.

A Seae ainda aconselha, especificamente para o mercado das margarinas, a alienação do conjunto de marcas e ativos produtivos obtidos da Unilever, no ato de concentração que envolveu Perdigão e Unilever. Enfim, a Secretaria recomenda que seja adotada medida comportamental, pela qual as requerentes deveriam entregar ao CADE programas que visassem majorar a publicidade.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, acompanhou o entendimento da Seae em seu parecer, remetendo-se para análise final dos autos ao CADE. A Procuradoria Geral do CADE considerou insuficientes as providências apontadas pela Seae para coibir o abuso do poder de mercado pela BRF. A recomendação foi no sentido de se adotarem restrições que amente possibilitassem a contestação das Requerentes por um terceiro concorrente e a repartição das eficiências dos consumidores. A operação seria reprovada pelo ProCADE caso não fossem adotadas tais restrições.

As empresas requerentes aduzem que não há barreiras expressivas à entrada nos mercados avaliados, contando com a rivalidade entre todos os concorrentes e que não haveria aumento da capacidade de exercício de poder por conta da operação. Ainda, as eficiências seriam “mais do que suficientes” para conter o aumento de preços.

O Plenário do CADE, por sua maioria, aprovou a operação sob condição de que se assinasse Termo de Compromisso de Desempenho – TCD, acompanhando o voto do conselheiro Ricardo Ruiz. O Relator restou vencido em seu voto, que objetivava a reprovação da operação.

(Referências: Relatório do Ato de Concentração, Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo de 02.06.2011; Voto do Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo de 08.06.2011; Voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz de 13.07.2011.)

l) Caso Citrosuco-Fischer (2011)

Ato de Concentração n. 08012.005889/2010-74.

Conselheiro-Relator: Carlos Ragazzo.

Requerentes: Fisher S.A. - Comércio, Indústria e Agricultura e Citrovita Agroindustrial Ltda.

Mercado relevante do produto: suco concentrado (SLCC) e laranja *in natura*.

Mercado relevante geográfico: para SLCC: mundial; laranja *in natura*: região Citrícola do Estado de São Paulo

Data do julgamento: 14 de novembro de 2011. 506ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 16 12.11, Seção 1, p. 70 e 71.

> Ato de Concentração. Operação realizada no Brasil e no exterior. Procedimento ordinário. Fusão das operações de suco de laranja do Grupo Fisher e do Grupo Votorantim no Brasil e no exterior. Subsunção ao § 3° do art. 54 da Lei n° 8.884/94 - Critério de faturamento e participação de mercado. Tempestividade. Setor citrícola. Mercado relevante produto: SLCC e laranja *in natura*. Mercado relevante geográfico: para SLCC - mundial; laranja *in natura* - região Citrícola do Estado de São Paulo. Concentração horizontal. Integração vertical. Pareceres favoráveis da SEAE e SDE. Aprovação condicionada à assinatura do Termo de Compromisso de Desempenho. Proibição de aumento de verticalização por prazo determinado. Abertura de informações.

Resumo:

Foi submetida ao CADE operação de fusão nacional e estrangeira entre o Grupo Fisher e o Grupo Votorantim, no mercado de suco de laranja.

A Citrovita Agroindustrial Ltda. é uma empresa brasileira pertencente ao Grupo Votorantim. A empresa atua no segmento de agronegócio, enquanto o grupo ao qual pertence atua em diversos setores, entre eles o de mineração e metalurgia, cimento, químico, energia, financeiro, papel e celulose etc. A Fisher S.A. Comércio, Indústria e Agricultura é uma empresa brasileira pertencente ao Grupo Fisher e atuante majoritariamente no segmento de agronegócio.

A operação faria com que cada requerente detivesse 50% da Fischer, esta, titular de 100% do capital da empresa Newco Votorantim, dona de todos os ativos do Grupo Votorantim no mercado de suco de laranja; e 50% do capital da JV Trading Log, detentora das empresas estrangeiras da Fisher e Grupo Votorantim relativas ao setor de suco de laranja.

O resultado de tal negociação, conforme entendimento das requerentes, seria o fortalecimento com a união, que se refletiria em melhorias para o processo de produção e coordenação logística, por meio da integralização dos ativos e aperfeiçoamento de processos. Dessa forma, as eficiências seriam beneficiadas, cooperando-se com a competitividade no setor.

O CADE firmou um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação – Apro juntamente com as requerentes em 20 de outubro de 2010, a fim de que as estruturas funcionais das empresas se mantivessem independentes.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, em seu parecer, concluiu que não haveriam danos para a concorrência no mercado de suco de laranja,), visto que: (i) as vendas das requerentes ao mercado interno, nas safras anteriores, situaram-se, em média, em torno de 1% do total, o que demonstraria que os impactos da operação, em termos de concentração, no mercado interno, seriam bastante reduzidos; (ii) haveria uma crescente demanda nacional por suco industrializado sabores pêssego e manga, que já viriam tomando espaço de sabores como uva e maracujá, que eram líderes nacionais no mercado de sucos industrializados; (iii) a competição do suco de laranja com os sucos das demais frutas dar-se-ia via preço; (iv) cerca de 98% do SLCC seria destinado aos envasadores, sendo os compradores as grandes redes de supermercados; (v) o suco de laranja industrializado não apareceria em posição de liderança no portfólio dos envasadores consultados; (vi) foram apuradas entradas no segmento; (vii) não houve manifestação contrária contundente por parte de concorrentes e clientes (envasadores)

acerca da operação. A análise da SEAE demonstrou que da operação não decorreriam prejuízos à concorrência, seja no que diz respeito ao mercado de laranja *in natura*, seja em relação ao mercado de suco de laranja concentrado congelado. Assim, a Secretaria recomendou a aprovação da operação sem restrições.

A Secretaria de Direito Econômico – SDE, em seu parecer, acompanhou o entendimento da Seae.

O Ministério Público Federal – MPF fez a recomendação de que a negociação dependesse de firmar-se um Termo de Compromisso de Desempenho – TCD.

O Conselheiro Relator, em seu voto, aprovou a operação, sob assinatura de TCD, momento em que as requerentes se obrigaram a fornecerem dados de suas atividades, bem como não praticarem a verticalização.

O Plenário aprovou por unanimidade a operação, sob condição de assinatura do TCD.

m) Caso Braskem - Solvay (2014)

Ato de Concentração n. 08700.000436/2014-27.

Conselheiro-Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

Requerentes: Braskem S.A. e Solvay S.A.

Mercado relevante do produto: PVC-S, PVC-E, soda cáustica e eteno.

Mercado relevante geográfico: Mercado nacional e da América do Sul de PVC-S e de PVC-E. Mercado nacional de soda cáustica. Mercado local de eteno.

Data do julgamento: 12 de novembro de 2014. 54ª Sessão Ordinária de Julgamento.

Publicação: DOU 18 de novembro de 2014, Seção 1, p. 43 e 44.

> Ementa: Ato de Concentração. Lei n° 12.529/2011. Braskem S.A. e Solvay S.A. Produção e comercialização de resinas termoplásticas. Conhecimento da operação. Taxa processual recolhida. Manifestações das Requerentes. Diferentes análises. Análise clássica: sobreposição horizontal nos mercados de PVC-S, PVC-E e soda cáustica. Integração vertical entre os mercados de eteno (*upstream*) e PVC-S e PVC-E (*downstream*). Mercado

nacional e da América do Sul de PVC-S e de PVC-E. Mercado nacional de soda cáustica. Mercado local de eteno. Impossibilidade de aprovação nos termos notificados.

Resumo:

Trata-se de ato de concentração, por meio do qual a Braskem adquire 70,59% do capital social da empresa Solvay Indupa Argentina.

A Braskem, empresa brasileira, pertence à Odebrecht, atua nos setores de resina termoplásticas e petroquímicos, e detém significativa participação da empresa Petrobrás. Do outro lado, a Solvay controlava o Grupo Solvay.

Conforme aduziram as requerentes, a operação seria interessante na medida em que seria conveniente para a Braskem majorar sua escala produtiva, bem como sua participação no mercado mundial.

A Superintendência Geral – SG, em seu parecer, condenou a operação nos termos dos arts. 13, XII, e 57, II, da Lei n.12.529/2011, c/c o art. 121, II, do Regimento Interno do CADE. Seria prejudicial ao setor de PVC (PVC E e PVC S), e para o setor de soda cáustica, por conta de poder vir a produzir efeitos prejudiciais para a competitividade e aumento nos preços dos mercados citados. Para a Superintendência, a aquisição formaria monopólio em escala regional, além do que, tanto com custos demasiadamente grandes, quanto com alíquotas para importação, logística, fretes etc., quanto limitações para a competitividade, não permitiriam efetividade na rivalidade. Além disso, verificou que a entrada de novos agentes nos setores seria intempestiva, de modo que não seria possível se esperar que um possível exercício de poder de mercado pelas Requerentes fosse frustrado pelo ingresso de um novo competidor no país. Ainda mais, o setor de soda cáustica é dominado essencialmente por quatro empresas, além das barreiras para entrada e a carência de oferta nacional. Concluindo, a SG informou que não restaram sinais concretos dos ganhos de eficiência serem positivos em face da concentração do poder de mercado.

O Conselheiro Relator, adotando entendimento da Superintendência, não aprovou a operação. Estaríamos diante da reunião das duas empresas dominantes do comércio de PVC, sem restarem fundamentos que demonstrem ser possível equilibrar-se a situação a fim de não haverem danos à concorrência.

O Plenário reprovou a operação nos mesmos termos do Relator.

n) Caso Telefônica-GVT (2015)

Atos de Concentração n. 08700.009731/2014-49 e 08700.009732/2014-93.

Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior

Requerentes: Telefónica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A. (referentes ao primeiro AC) e Telefônica Brasil S.A., Telefónica S.A., GVT Participações S.A. e Vivendi S.A. (referentes ao segundo AC).

Mercado relevante do produto: Setor de telecomunicações: Serviço Móvel Pessoal - SMP, Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, Serviço de Acesso Condicionado - SeAC, transporte de informações em longa distância e local, distribuição de informações em rede de acesso e infraestrutura passiva para prestação de serviços de telecomunicações.

Mercado relevante geográfico: nacional.

Data do julgamento: 25 de março de 2015. 61ª Sessão Ordinária do CADE.

Publicação: DOU 31 de março de 2015, Seção 1, p. 34.

> Ementa: Atos de Concentração. Operações realizadas no Brasil e no exterior. Procedimentos ordinários. Cisão da Telco resultando em participação direta da Telefónica S.A. na Telecom Italia S.A.. Aquisição da totalidade das ações de emissão da GVT Participações S.A. por parte do Grupo Telefónica. Aquisição de 7,4% do capital social da Telefônica Brasil S.A. e de 8,3% do capital votante da Telecom Italia S.A. por parte da Vivendi S.A.. Conhecimento das operações nos termos do artigo 88, incisos I e II, da Lei 12.529/2011. 129 dias corridos do prazo de apreciação pelo CADE. Presença de terceiro interessado. Setor de telecomunicações. Sobreposição horizontal na oferta de Serviço Móvel Pessoal - SMP, Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, Serviço de Acesso Condicionado - SeAC, transporte de informações em

longa distância e local, distribuição de informações em rede de acesso e infraestrutura passiva para prestação de serviços de telecomunicações. Integração vertical no transporte de informações em longa distância e local, distribuição de informações em rede de acesso e infraestrutura passiva para prestação de serviços de telecomunicações. Aprovação condicionada à assinatura e ao cumprimento de Acordos em Controle de Concentrações - ACCs. Manutenção de qualidade de serviços. Alienação de participação acionária. Suspensão de direitos políticos.

Resumo:

A empresa Telefónica S.A., com matriz na Espanha, que no Brasil fornece serviços de telefonia, tanto fixa quanto móvel, televisão por assinatura, provedores de acesso às redes de comunicação, entre outros, pertence ao Grupo Telefónica e atua sob a marca Vivo, da empresa Vivo S.A. As empresas italianas, sem atuação em mercados brasileiros, Assicurazioni Generali S.p.A. (AG), Intesa Sanpaolo S.p.A. (IS) e Mediobanca S.p.A. (MB), operam essencialmente no setor de serviços financeiros e seguros. A Telefônica Brasil S.A. (TEF Brasil) e a GVT Participações S.A. (GVT) prestam principalmente serviços de telecomunicações no Brasil, sendo integrante do Grupo Telefónica. A empresa GVT Participações S.A. (GVT), também presta serviços de telecomunicações, oferecendo, além disso, outros serviços de dados. A GVT integra o Grupo Vivendi, atuante no mercado brasileiro essencialmente em conteúdo.

O AC Telco (Ato de Concentração nº 08700.009731/2014-49), constitui-se na cisão da empresa Telco S.p.A. requerida pelas empresas Assicurazioni Generali S.p.A. (AG), Intesa Sanpaolo S.p.A. (IS) e Mediobanca S.p.A. (MB). A Telco detinha 22,39% do capital votante da Telecom Itália, ou 15,45% do total do capital social. A cisão resultaria na conversão da participação indireta de todo requerente do ato de concentração em participação direta equivalente à participação na Telco. Assim, no término da operação, a TEF seria titular de 14,77% do capital votante da TI a MB com 4,32%, a IS com 1,64% e a AG com 1,64%.

O AC GVT (Ato de Concentração nº 08700.009732/2014-93), ou seja, a aquisição do montante total de ações emitidas pela GVT pela TEF Brasil, sendo aquela pertencente ao Grupo Vivendi na ocasião. Foi estabelecido como forma de pagamento, entre outras prestações mantidas em sigilo, o oferecimento de 8,3% de capital votante na TI. Ainda, teria seu próprio capital social aumentado, sendo 11,3% de ações preferenciais remetidas ao Grupo Vivendi, que representam 7,4% do seu capital social.

1.1 As requerentes aduziram que as operações seriam complementares, na medida em que a alteração da participação indireta em direta da TEF na TI tornaria possível a futura venda pelo AC GVT. No mais, este ato de concentração era tido pelas requerentes como provável forma de minorar as aflições no âmbito concorrencial, possivelmente originadas pelo AC Telco em decorrência da participação direta da TEF na TI.

A Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, em seu parecer, argumentou haverem concentrações demasiadamente elevadas no mercado de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), mais especificamente em Votorantim, Arujá, Várzea Paulista e Suzano.

O Conselheiro Relator, levando em conta a carregada regulamentação do STFC, entendeu que haveria dano potencial à oferta por conta das concentrações por ele observadas, se fazendo aconselhável adotar-se remédios concorrenciais.

No tangente aos STFC Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI), a Anatel não encontrou problemas para a concorrência nesses mercados. O mercado de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) foi considerado como de concentrações elevadas nos municípios paulistas acima mencionados.

O Relator entendeu que haveria possibilidade de dano para a concorrência, necessitando-se da adoção de remédios, mesmo possuindo a TEF Poder de Mercado Significativo (PMS) em vários mercados de atacado, o que a obrigada a submeter ofertas públicas de sua infraestrutura e a existência de regulação do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) na oferta de infraestrutura para prestação do SCM. A Anatel, ainda, em relação aos mercados de TV por assinatura, entendeu que existia concentração de mercado em Foz do Iguaçu (47,7%), porém, sem grandes preocupações, por conta de existir competição.

Em relação aos mercados de atacado, o entendimento da Agência foi o de que o ajuste do PGMC bastaria para impedir possíveis problemas de ordem concorrencial. Assim, demonstrou não haverem aflições concernentes à concorrência em tal mercado. Em relação à operação Telco, poderiam haver receios de ordem concorrencial, por conta de alterações de participação, de indireta para direta, da TEF na TI, afetando o mercado de Serviço Movel Pessoal (SMP). Para se afastar tais receios resultantes da participação direta, a renovação e ampliação das obrigações antes impostas pela Anatel, foi o modo encontrado para tanto.

1.2 A Superintendência-Geral – SG, em seu parecer, entendeu que os impactos nocivos das operações para a concorrência deveriam ser moderados para fins de aprovação. A Superintendência, com base nos artigos 13, inciso X, e 57, inciso II, da Lei Antitruste de 12.529/2011, concluiu pela aprovação das operações em tela, ambas condicionadas à formalização de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs).

1.3 O Conselheiro Relator, unanimemente seguido pele Plenário do CADE, aprovou a operação, sob a condição de assinarem-se ACCs.

5. MERCOSUL. Direito da concorrência e concentração econômica.

Os Estados soberanos surgiram por volta do século XVI e, em função desses novos sujeitos, criou-se, para reger a relação externa entre eles, um novel ramo jurídico, o internacional público. Com o surgimento, em finais do século XIX e inícios do XX, das organizações internacionais intergovernamentais, elas passaram a ser sujeitos do direito internacional público; subjetividade essa que, até então, havia sido prerrogativa unicamente dos Estados. Dentre as muitas finalidades das organizações internacionais, há a de integração econômica regional. Organizações dessa espécie – as organizações internacionais regionais de integração econômica, também chamadas, simplesmente, blocos econômicos, existem nos quatro cantos do mundo.

Na senda das organizações internacionais de integração econômica, a aproximação entre Brasil e Argentina no final da década de 80, do passado século, criaria as condições propícias para a implantação do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, no Cone Sul das Américas. Tal organização veio à luz pelo Tratado de Assunção,

concluído em 26 de março de 1991, entre Argentina, Brasil[94], Paraguai e Uruguai, na busca de resposta adequada à "evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países", consoante afirmam *consideranda* do próprio Tratado.

O Mercosul busca a "livre ciculação de bens, serviços e fatores produtivos", o "estabelecimento de uma tarifa externa comum e de uma política comercial comum", a "coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais" e o "compromisso ... de harmonizar suas legislações".[95]

A liberalização econômico-comercial e a promoção do desenvolvimento para melhorar as condições de vida dos habitantes do bloco são as suas principais bases. A menção feita pelo artigo 4º, *in fine*, do Tratado de Assunção, de 1991, às regras concorrenciais, é norma programática, apontando para a necessidade da elaboração de normas comuns sobre concorrência, elaboradas pelos Estados-Partes.

Da Decisão do Conselho do Mercado Comum, nº 01/92, que inseriu na agenda do Subgrupo de Trabalho nº 10 do Grupo Mercado Comum a tarefa de estudar as legislações dos quatro Estados-Membros e fazer proposta de harmonização das regras de defesa da concorrência, originou-se a Decisão CMC nº 21/94, que instituiu regulamentação provisória sobre o assunto. Foi instalado, em 1995, o Comitê Técnico nº 5: Comitê de Defesa da Concorrência, com exclusivas atribuições concorrenciais.

Em 18 de junho de 1997, em Fortaleza, foi aprovada a decisão CMC nº 18/96, contendo o Protocolo de Regulação para Defesa de Concorrência. Essa base legal antitruste, influenciada pelos aspectos concorrenciais (artigos 85 e 86) do Tratado da Comunidade Europeia (Roma, 1957), teve seu regulamento aprovado pelo Grupo Mercado Comum (GMC) e pelo Conselho Mercado Comum (CMC).

A conclusão do Protocolo teve a inegável função de disseminar a concorrência entre os países do Mercosul, pois na época de sua aprovação, dois países do bloco – Paraguai e Uruguai – nem sequer possuíam legislação concorrencial; enquanto que a Argentina não tinha controle de concentração. Daí a impossibilidade de grandes voos na legislação antitruste do bloco. Por isso preferiu-se meramente fixar prazos em

---

[94] No Brasil, o Tratado de Assunção foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 197, de 25 de setembro de 1991 (publicado no D. O. U. de 26 de setembro de 1991) e promulgado pelo Decreto do Executivo nº 350 (publicado no D. O. U. de 22 de novembro de 1991).

[95] Artigo 1º do Tratado de Assunção, de 1991.

vez de regulamentar-se efetivamente: prazo de dois anos para definir normas comuns sobre concentração (artigo. 7º)[96]; e o mesmo prazo para elaborar normas comuns sobre "auxílios estatais" (artigo 32).

Sendo objetivo do Protocolo a defesa da concorrência no Mercosul, suas regras alcançam os atos realizados por pessoas físicas, jurídicas ou outras entidades, que, afetem a um tempo, a concorrência na área do bloco econômico e o comércio entre seus Estados-Membros. Quando os efeitos de atos de pessoas ou entidades, domiciliadas em determinado membro se restringirem ao respectivo território, sua regulamentação cabe ao referido Estado (artigos 1º, 2º e 3º)[97].

São atos infracionais "independente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados-Partes". Exemplificativamente, as seguintes condutas, enquadram-se na conceituação acima: "I. fixar, impor ou praticar, direta ou indiretamente, em acordo com concorrente ou isoladamente, sob qualquer

---

[96] "...dada a base ainda muito precária das legislações nacionais, não cabiam movimentos muito audaciosos de integração ... No caso dos atos de concentração, por exemplo, o art. 7º se limita a definir um prazo de dois anos para a definição de normas comuns, mas sem avançar em um aprofundamento maior no sentido de permitir a um Estado-Parte questionar a aprovação ou não de atos fora de seu território, mas cujos efeitos se façam sentir em seu país. Como pode ser depreendido da análise teórica, essa talvez seja a área mais difícil para envidar uma harmonização, especialmente por causa de sua estreita relação com políticas industriais". MATTOS, César. **Harmonização das políticas antitruste**. Revista de Direito Econômico nº 27, CADE, janeiro/julho de 1998, p. 101.

[97] Comparando-se os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma e os artigos 3º e 4º do Protocolo do Mercosul, percebe-se duas diferenças. "... a primeira ... é que basta a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia para que ocorras a incidência da legislação comunitária de defesa da concorrência. Já tal suscetibilidade ... não é suficiente para acusar a aplicação do Protocolo de Fortaleza, cujo art. 4º dispõe que só são proibidos os atos que efetivamente produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e 'que afetem o comércio entre os Estados-Partes'". (...) A segunda, aparece ... no cotejo entre o art. 3º do Protocolo de Fortaleza e a proibição contida no art. 86 do Tratado de Roma, do abuso de posição dominante, que será anticoncorrencial, quando realizado no Mercado Comum 'ou numa parte substancial deste'".

A análise da experiência comunitária europeia sobre o âmbito de aplicação dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma fornece ... interessantes subsídios para a interpretação dos artigos 3º e 4º do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul. ... esses artigos, ao contrário daqueles dispositivos, não conferem tamanhos poderes aos órgãos intergovernamentais do Mercosul, impedindo-os de julgar práticas anticoncorrenciais ocorridas no interior de somente um Estado-Parte".

"... conclusões da presente análise: 1) o comércio entre os Estados-Partes do Mercosul deverá ter sido efetiva e concretamente afetado para que ocorra a aplicação do art. 4º do Protocolo de Fortaleza; 2) o Comitê de Defesa da Concorrência, dada a extensão do disposto no art. 3º do Protocolo, só poderá atuar naqueles casos em que o mercado relevante geográfico englobe porções do território de dois ou mais Estados-Partes do Mercosul, isto é, quando se trate de mercado relevante geográfico 'transfronteira'". MONTENEGRO, Pedro, **Análise do âmbito de aplicação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul à luz da experiência comunitária europeia**. Revista de Direito Econômico, nº 31, 2000, jan./julho, CADE, p. 137, 138, 140, 144/146.

forma, preços e condições de compra ou de venda de bens, de prestação de serviços ou de produção; II. obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III. regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IV. dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; V. limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; VI. ajustar preços ou vantagens que possam afetar a concorrência em licitações públicas; VII. adotar, em relação a terceiros contratantes, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência; VIII. subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; IX. impedir o acesso do concorrente às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologias, bem como aos canais de distribuição; X. exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; XI. realizar compra ou venda sujeita à condição de não usar ou adquirir, vender ou fornecer bens ou serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por um terceiro; XII. vender, por razões não justificadas nas práticas comerciais, mercadoria abaixo do preço de custo; XIII. recusar injustificadamente a venda de bens ou a prestação de serviços; XIV. interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem causa justificada; XV. destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribui-los ou transportá-los; XVI. abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa.; XVII. manipular mercado para impor preços" (artigos 4º e 6º)[98].

[98] "Os artigos. 3º e 4º " determinam se um ato ou contrato lesivo às estruturas do livre mercado será considerado um 'caso nacional' ou um 'caso Mercosul'. (...) são esses artigos que definem se a competência para reprimir tais atos ou contratos será das autoridades antitruste nacionais ou do Comitê de Defesa da Concorrência". MONTENEGRO, Pedro. **Análise do âmbito de aplicação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul à luz da experiência comunitária europeia**. Revista de Direito Econômico, nº 31, 2000, jan./julho, CADE, p. 136.
"Em vários dispositivos (art. 2º e art. 4º), o Protocolo define que o espaço geográfico de análise dos efeitos dos problemas concorrenciais é o Mercosul. Isso equivale a incorporar na função objetiva do julgador, o bem-estar dos cidadãos fora do país de origem, mas dentro do bloco regional. Isso por si só eliminaria a ação, por exemplo, de cartéis no Brasil para exportação para Argentina, Uruguai e Paraguai. Seguindo estritamente a letra do Protocolo, no entanto, permanecem permitidos cartéis de exportação de empresas

A aplicação do Protocolo é competência da Comissão de Comércio, a quem compete também a aprovação da regulamentação do Protocolo, e ao Comitê de Defesa da Concorrência, ambos do Mercosul, órgão intergovernamental composto pelos órgãos de aplicação do Protocolo dos Estados-Parte (artigo 8º e 9º). É competência do referido Comitê, homologar cessação de prática sob investigação, sujeito ao referendo da Comissão de Comércio do Mercosul (artigo 22).

Coube à Diretriz da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) nº 01/2003 aprovar o Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL.

O protocolo de Fortaleza não chegou a entrar em vigor e a ser executório no seio do bloco, em virtude de ter sido ratificado por apenas dois países membros do Mercosul: Brasil[99] e Paraguai. Atribui-se a demora e o impasse na internalização desse Protocolo a várias razões, dentre as quais sua inadequação a um bloco de natureza intergovernamental e não supranacional, entraves políticos e complexidade procedimental[100]. Tal obrigou a trilhar novos caminhos.

Argentina e Brasil concluíram, em 16 de outubro de 2003, o Acordo Relativo à Cooperação entre Suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de Suas Leis de Concorrência. Sua finalidade é promover a cooperação na aplicação das leis concorrenciais e na cooperação técnica (artigo I), sendo seus mecanismos: notificação aos outros Estados-Parte acerca de investigações em curso, sobre condutas ou atos de concentração e respectivos fundamentos legais (artigo II); compartilhamento de informações[101] (artigo III); cooperação na aplicação de leis (artigo IV) e relativamente a práticas anticompetitivas, que possam afetar interesses de outro Estado-Parte (artigo V); consultas para prevenir conflitos (artigo VII); e atividades de cooperação técnica (artigo VIII).[102]

---

dentro do Mercosul para países fora da fronteira do bloco". MATTOS, César. H**armonização das políticas antitruste**. Revista de Direito Econômico nº 27, CADE, janeiro/julho de 1998, p. 102.

[99] Aprovado o Protocolo de Fortaleza pelo Decreto legislativo nº 6 de 15/02/2000, foi promulgado pelo Decreto nº 3.602 de 18/09/2000 e publicado no D. O. U. do dia subsequente.

[100] "O modelo de Direito da Concorrência implantado no Mercosul, até passado recente tinha como norte regulatório o "Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul – Protocolo de Fortaleza" (PDC). É importante frisar que, apesar de o Protocolo de Fortaleza de ter sido ratificado por alguns Estados-Partes do Mercosul, pouquíssimo avanço foi identificado em muitos anos de vigência, seja por divergências políticas, seja por dificuldades de implantação, e ainda, por questões de conjuntura, em função de crises econômicas mundiais, que naturalmente repercutiram direta e indiretamente na América Latina. " CREUZ, Rodolfo Cruz e. **Há novos ventos na defesa da concorrência do Mercosul**. , Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 15 de setembro de 2011.Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2011-set-15/novos-ventos-defesa-concorrencia-ambito-mercosul> Acesso em: 21 jul. 2016.

[101] com troca de informações não confidenciais (cortesia positiva)

[102] Esse acordo vigora no Brasil (Decreto Legislativo nº 264, de 18 de setembro de/2008 e Decreto nº 8.338, de 13 de novembro de 2014); e na Argentina (Lei nº 26.662, de 11 de agosto de 2010).

A Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) nº 15/2006 aprovou o Entendimento Sobre Cooperação Entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados-Partes do MERCOSUL para o Controle de Concentrações Econômicas de âmbito Regional, que entrou em vigor em 10 de junho de 2012. Embora possa-se dizer que tal entendimento cumpra o desiderato de cooperação expresso no artigo 30 do Protocolo de Fortaleza, ele focaliza na cooperação técnica, além de reconhecer tanto a cortesia positiva, quanto a negativa.

Consoante Marcelo Guimarães "... nos últimos anos, o processo regulatório da concorrência no âmbito do (MERCOSUL) passou a ser construído de forma diversa daquela originalmente estruturada através do Protocolo de Fortaleza. A regulação vertical, de cima para baixo, prevista no aludido Protocolo, foi substituída por um processo em que predomina o fluxo horizontal e o vertical, de baixo para cima, no qual autoridades subnacionais foram reconhecidas pelos Estados-Partes como iniciativas existentes para além dos canais diplomáticos clássicos de decisão."[103]

Em 16 de dezembro de 2010, o CMC exarou a Decisão nº43/2010, que validou o Acordo de Defesa de Concorrência do MERCOSUL, que, em trinta e dois artigos estabelece regime de concorrência comercial do MERCOSUL. Suas finalidades são promover a cooperação e a coordenação entre os Estados-Membros, relativamente à aplicação das leis concorrenciais nacionais, no seio do MERCOSUL, prover assistência técnica mútua com relação à política da concorrência, assegurando a consideração de seus interesses recíprocos; bem como eliminar práticas anticompetitivas (artigo 1º). Ressalva a competência exclusiva de cada Estado relativamente a atos que gerem consequências sobre a concorrência no âmbito interno (artigo 3º). Por outro lado, no MERCOSUL, mantêm-se a competência do Comitê Técnico de Defesa da Concorrência (artigos 4º e 5º). Há previsão de regulamento de consultas entre autoridades estatais, do respectivo mecanismo (artigos 6º a 13); de procedimentos de ação coordenada (artigos 14 e 15). Compromisso de trabalho conjunto em assistência técnica (artigos 16 a 19; compromisso de notificação dos demais Estados-Partes sobre ações de aplicação ou execução de regras

---

[103] GUIMARÃES, Marcelo Cesar. **Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL**: o Acordo de Defesa da Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região. Revista de Direito da Concorrência, vol. 4, nº 1, maio de 2016, p.260.
"...mesmo com a evidente estagnação política do aprofundamento do processo de integração, a cooperação entre os Estados-Partes do Mercosul parece ter existido e sido fomentada não de forma vertical, de cima para baixo, dada a estrutura do bloco, e sim, de forma inversa". CREUZ, Rodolfo Cruz e. **Há novos ventos na defesa da concorrência do Mercosul**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 15 de setembro de 2011. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2011-set-15/novos-ventos-defesa-concorrencia-ambito-mercosul> Acesso em 21 jul. 2016.

concorrenciais (artigos 20 a 23). Cooperar, informar, trocar experiências e cumprir notificações não implica em fornecer dados confidenciais, proibidos pela legislação etc. (artigos 20 a 26)[104].

A decisão do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL, nº 43/2010, por seu artigo 3º, revogou o Protocolo de Fortaleza (Decisão CMC Nº 18/96) e um anexo sobre multas do Protocolo (decisão CMC 02/97). Por força do artigo 32, foi revogado Protocolo de Fortaleza de Defesa da Concorrência do MERCOSUL.[105]

Para que o Acordo de Defesa de Concorrência do MERCOSUL, de 2010, passe a viger como marco regulatório da concorrência no MERCOSUL, faz-se mister a internalização do documento no direito interno dos Estados-Partes. Argentina e Uruguai, já depositaram seus instrumentos de ratificação, respectivamente, em 2011 e 2014. Nos demais, a aprovação parlamentar está em curso. A entrada em vigor dar-se-á no trigésimo dia, a contar da internalização nos Estados-Partes.

Dentre os principais aspectos inconvenientes do Acordo de Defesa de Concorrência do MERCOSUL (2010) apontam-se a falta de previsão para a elaboração de normas comuns do bloco sobre controle de concentração e a limitação à cooperação e à coordenação das autoridades concorrenciais dos Estados-Membros, sem que a harmonização das regras nacionais seja um desiderato.

---

[104] Para detida análise do articulado do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, ver: GUIMARÃES, Marcelo Cesar. **Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL**: o Acordo de Defesa da Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região", Revista de Direito da Concorrência, vol. 4, nº 1, maio de 2016, p. 262/273.
Para visão de conjunto da evolução do direito concorrencial no MERCOSUL, ver: BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro e GUIMARÃES, Marcelo Cesar. **Direito Antitruste**: Do Tratado de Assunção ao Acordo de Defesa da Concorrência". Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9763616920135ae2 > Acesso em: 18 jul. 2016.

[105] Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 43/10: Artigo 1º - Aprovar o texto do "Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL", que consta como Anexo e faz parte da presente Decisão. Artigo 2º – A vigência do Acordo anexo será regida segundo o estabelecido em seu Artigo 31. Artigo 3° – Revogar as Decisões CMC Nº 18/96 e 02/97. Por seu turno, o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL reza: Art. 32. "O presente Acordo revoga o Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL".

CAPÍTULO III - CONCORRÊNCIA E CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NA FRANÇA

3.1. Direito da Concorrência na França.

Todas as liberdades reconhecidas na França encontram sua origem natural no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A liberdade individual de comércio e indústria existe na França desde a publicação do decreto de Allarde, em 17 de março de 1791; tendo sido reforçada pela Lei Chapelier, de 17 de junho de 1791, que aboliu as corporações. Dessa liberdade, mantida no país através dos tempos, brotaria, a liberdade de empreender[106] e de concorrência. A revolução liberal e industrial do século XIX forneceria o substrato necessário para o surgimento e a evolução do direito concorrencial, que no século XX, inicialmente foi pensado como um bem coletivo e como modo de organização. A jurisprudência foi a fonte primeira do direito concorrencial francês: a partir de finais do século XIX, quando se passou a sancionar a concorrência desleal, com base no direito comum da responsabilidade civil, inscrito nos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil; e julgados possibilitaram a progressiva teorização das cláusulas contratuais de não-concorrência. Contudo, a concepção moderna do direito concorrencial, somente chegaria à França, na segunda metade do passado século, por meio legislativo. A economia de guerra fruto da Primeira Grande Guerra, o controle de preços derivado da crise de 1929 e a inflação monetária consequência da Segunda Guerra Mundial, certamente, não favoreciam o desenvolvimento do direito concorrencial. Após 1945, o esmaecimento do controle de preços e o ressurgimento europeu, criaram as condições para a retomada das práticas anticoncorrenciais.

O direito da concorrência é considerado na França, como sendo ramo do direito econômico, que abrange regras reguladoras das rivalidades entre agentes econômicos na procura e na preservação de uma parte do mercado. Seu conteúdo engloba concorrência desleal, direito da regulação e direito público da concorrência; tendo como fontes: regras nacionais e regras comunitárias europeias de direito concorrencial.

---

[106] A jurisprudência francesa sobre a liberdade de empreender (*entreprende*) não discute a liberdade em si, mas unicamente a amplitude da proteção e o grau possível de sua limitação. Décision n° 2000-439 DC du 16 janvier "(...) 13. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi; (...).”

Em 1945, as *Ordonnances*[107] de 30 de junho, sobre preço e a verificação, processo e repressão de infrações à legislação econômica representaram um primeiro passo legislativo.

O Decreto-lei de 9 de agosto de 1953, relativo à manutenção e ao restabelecimento da livre concorrência industrial e comercial, já sob o influxo do Tratado de Roma e das instituições comunitárias, possibilita a liberalização da economia e marca o início do direito concorrencial francês, mormente, por duas razões: (i) incorporou artigos sobre acordos ilícitos (*ententes illicites)* na *Ordonnance* de 30 de junho de 1945, mais tarde, tornados aplicáveis também aos abusos sobre posição dominante, por força da Lei de Finanças, de 2 de julho de 1963; (ii) criou a *Commission technique des ententes* (Comissão Técnica de Acordos), ligada ao Ministério da Economia, que, dez anos após, tomou a denominação *Commission technique des ententes et des positions dominantes* (Comissão Tecnica de Acordos e de Posições Dominantes), competente para emitir pareceres (*avis*), dirigidos ao Ministro da Economia, que, com base neles, poderia aplicar sanções pecuniárias ou remeter o caso à justiça penal.

A referida comissão foi transformada pela Lei nº 77.806, de 19 de julho de 1977, conhecida como lei sobre controle de concentrações econômicas (por ter estabelecido um controle específico de concentrações)[108], em *Commission de la concurrence* (Comissão da Concorrência) com competência ampliada para se pronunciar sobre qualquer questão concorrencial; assim como para opinar sobre projetos de concentração.

---

[107] Espécies de regras jurídicas francesas:
Lei: regra de direito escrita e aprovada pelo Parlamento (Assembleia Nacional e Senado), sobre matérias constantes do artigo 34 das Constituição francesa. A iniciativa pertence, quer ao Primeiro Ministro (Projeto de lei), quer aos parlamentares (Proposição de lei).
Decreto: regra de direito, de natureza regulamentar, editadas pelo poder executivo (Presidente ou Primeiro Ministro). Espécies: decreto simples, assinado pelo Presidente da República; decreto em Conselho de ministros, assinado pelo Presidente da República; decreto em Conselho de Estado, assinado após consulta ao referido conselho
Ordonnance: categoria intermediária entre o Decreto e a Lei (semelhante ao antigo decreto-lei e à atual medida provisória brasileiras). Fundamenta-se no artigo 38 da Constituição francesa, que permite ao Governo, para fins de execução de seu programa, pedir autorização ao Parlamento para emitir *ordonnances*, no âmbito da lei parlamentar, durante determinado período. Uma vez editada a *ordonnance*, se o Parlamento a ratificar, por meio de lei de ratificação, ela adquire status de lei, podendo ser, a partir daí modificada somente por lei. A falta de ratificação causa a sua caducidade. As *Ordonnances* são editadas durante conselho de ministros, depois de parecer do Conselho de Estado, entrando em vigor pela publicação.
Lei de ratificação de *Ordonnance*.

[108] A França é considerada o terceiro país europeu, após Reino Unido e Alemanha, a ingressar, realmente, nas hostes antitruste com a edição da Lei de 19 de julho de 1977.

Da fusão, em 1985, da *Direction générale de la concurrence et de la consommation* (Direção Geral da Concorrência e do Consumo) do Ministério da Economia com o *Service de la répression des fraudes* (Serviço de Repressão de Fraudes) do Ministério da Agricultura, originou-se a *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* – DGCCRF**,** (Direção Geral da Concorrência, do Consumo e da Repressão de Fraudes), unidade administrativa do Ministério da Economia, das Finanças e do Emprego, objetivando a regulação concorrencial dos mercados, e a segurança e a proteção econômica dos consumidores. Sob sua égide funciona a *École nationale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (ENCCRF), (Escola Nacional da Concorrência, do Consumo e da Repressão de Fraudes), com sede em Montpellier.

As características da regulamentação exarada entre 1953 a 1985 , inobstante ter havido evolução, eram as seguintes: (i) baseavam-se na diferenciação entre práticas concorrenciais coletivas e práticas concorrenciais individuais (preços impostos, recusa de venda e venda casada etc., que eram tipificadas como ilícitos penais, sendo incriminadas *per se*); tratava-se de regulamentação da espécie intervencionista, interpretada pela burocracia econômica do Estado, a DGCCRF e/ou ministro da Economia; e (iii) mantinha-se sob a égide da legislação de preços, sendo que tendências liberalizantes enfrentavam a *Ordonnance* nº 45-1483 de 30 de junho de 1945, que continuava a vigorar.

A *Ordonnance* de 1º de dezembro de 1986, sobre liberdade de preço e da concorrência, é o marco da mudança do antigo para um novo regime, que inaugura o moderno direito concorrencial da França, em que a descriminalização é uma das tônicas. A partir daí, o princípio da competição concorrencial torna-se a base da economia francesa. Isso foi consagrado no artigo 1º dessa *Ordonnance*, hoje artigo L.410-2 do Código de Comércio: "les prix des biens, produits et services (...) sont librement déterminés par le jeu de la concurrance". Esse divisor de águas foi propiciado pela revogação da *Ordonnances* de 30 de junho de 1945, pelo fim da distinção entre prática anticoncorrencial coletiva e prática anticoncorrencial privada; e pela forte diminuição do intervencionismo estatal.

O *Conseil de la concurrence* (Conselho da Concorrência), criado pelo mesmo diploma legal, passou a enfeixar importantes poderes: o poder administrativo de decisão e de sanção passou do ministro para o próprio Conselho; sua competência foi alargada e estabelecido procedimento garantidor do direito dos interessados. A partir da Lei de 6 de julho de 1987, a competência contenciosa do Conselho passou para o Judiciário.

A Lei de 11 de dezembro de 1992 deu competência ao Conselho relativamente ao emprego de preço abusivamente baixo, bem como com relação aos artigos sobre concorrência do Tratado da Comunidade Europeia.

A *Ordonnance* de 1986, de decisiva importância para a concorrência na França, após ter sofrido várias modificações, foi codificada no Livro IV do Código de Comércio. Dentre essas modificações, citem-se a leis: de 1º de julho de 1996; 15 de maio de 2001; de 4 de agosto de 2008; e a de 17 de março de 2014.

A Lei Galland, de 1º de julho de 1996, além de modificar as regras tarifárias, criou nova prática anticoncorrencial, a oferta e prática de preço abusivamente baixo; bem como novas práticas restritivas.

A Lei NRE (*Loi sur les nouvelles regulations economique* – Lei sobre novas regulações econômicas), de 15 de maio de 2001, modernizou o direito concorrencial: (i) melhores meios para enfrentar as práticas anticoncorrenciais e para garantir a aplicação do princípio *d'égalité des armes* (igualdade das armas)[109]; (ii) controle de concentrações mais sistemático e mais transparente; e (iii) aperfeiçoamento da cooperação internacional.

O direito comunitário europeu impulsionou a modernização do direito concorrencial francês. A entrada em vigor, em 2004, do Règlement (CE) nº 1/2003, descentralizou o direito comunitário, interligando as autoridades nacionais da concorrência. Por seu turno, a *Ordonnance*, de 4 de novembro de 2004, alinhou a competência decisória do Conselho com a das autoridades coirmãs europeias.

Nova reformulação substancial do direito da concorrência francês foi efetivado pela Lei LME nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 e pela *Ordonnance* de 13 de novembro de 2008. Ademais de suprimir o princípio da não discriminação no seio das práticas restritivas de concorrência e da transparência tarifária; no campo institucional criou a *Autorité de la Concurrance* (Autoridade da Concorrência), que assumiu as competências do antigo Conselho; foi investida da possibilidade de proceder a investigação (*enquêtes*); e emitir recomendações ao ministro, sobre concorrência dos mercados; tendo, inclusive, passado a controlar as operações de concentração, que cabia ao ministro da Economia. Até o momento, a criação da Autoridade representa a última evolução institucional.

Posteriormente, houve mudanças procedimentais por força da Lei de 20 de novembro de 2012, sobre regulação econômica do ultra-mar; e pela Lei Hammon, de 17

[109] Para que haja equidade processual uma parte não pode ficar em situação de desvantagem em relação à outra no que tange à produção de provas.

de março de 2014, sobre o consumo, que reequilibrou as relações entre os atores econômicos e o consumo, além de introduzir a ação de grupo[110] no direito concorrencial.

3.2. Legislação sobre concentração de empresas aplicáveis na França

3.2.1. Legislação vigente aplicável às concentrações

A legislação francesa vigente, aplicável às concentrações, consta do Código de Comércio, Título III, intitulado "Da Concentração Econômica", cuja parte legislativa é composta pelos artigos L430-1 até L430-10[111] e a parte regulamentar pelos artigos

---

[110] Procedimento coletivo que permite aos consumidores agruparem-se para agir em juízo, com uma só ação e com um só advogado.

[111] Parte legislativa:
TITRE III: De la concentration économique.
Article L430-1 (Modificado pela Lei nº 2001-420, de 15 de maio de 2001 - artigo 86)
I. - Une opération de concentration est réalisée :
1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent;
2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.
II. - La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.
III. - Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment:
- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.
Article L430-2 (Modificado pela Lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – art. 96)
I.-Est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :
-le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;
-le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
-l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.
II.-Lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes:
-le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;
-le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;
-l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité.

III.-Lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes:
-le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros;
-le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros;
-l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité.
IV.-Une opération de concentration visée aux I, II ou III entrant dans le champ du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité qui a fait l'objet d'un renvoi total ou partiel à l'Autorité de la concurrence est soumise, dans la limite de ce renvoi, aux dispositions du présent titre.
V.-Les chiffres d'affaires visés aux I, II et III sont calculés selon les modalités définies par l'article 5 du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité.

Article L430-3 (Modificado pela Lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – artigo 96)
L'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. Le renvoi à l'Autorité de la concurrence de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens du présent article.
L'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement. Le contenu du dossier de notification est fixé par décret.
La réception de la notification d'une opération, ou le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire, fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité de la concurrence selon des modalités fixées par décret.
Dès réception du dossier, l'Autorité de la concurrence en adresse un exemplaire au ministre chargé de l'économie.
Article L430-4 (Modificado pela Lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – artigo 96).
La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article L. 430-7-1, celui du ministre chargé de l'économie.
En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci.
Article L430-5 (Modificado pela Lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2009 – artigo 96)
I.-L'Autorité de la concurrence se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète.
II.-Les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue.
Si des engagements sont reçus par l'Autorité de la concurrence, le délai mentionné au I est prolongé de quinze jours ouvrés.
En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de quinze jours ouvrés.
III.-L'Autorité de la concurrence peut:
-soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2;
-soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

-soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article L. 430-6.
IV.-Si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune des trois décisions prévues au III dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, elle en informe le ministre chargé de l'économie.L'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le I de l'article L. 430-7-1.
Article L430-6 (Modificado pela lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – artigo 96)
Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.
La procédure applicable à cet examen approfondi de l'opération par l'Autorité de la concurrence est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.
Avant de statuer, l'autorité peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification. Les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration sont entendus à leur demande par l'autorité dans les mêmes conditions.
Article L430-7 (Modificado pela lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – artigo 96)
I.-Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de celui-ci.
II.-Après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération.S'ils sont transmis à l'Autorité de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.
En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de vingt jours ouvrés. Ces délais peuvent également être suspendus à l'initiative de l'Autorité de la concurrence lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées dans le délai imparti, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. En ce cas, le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension.
III.-L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée:
-soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante;
-soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.
Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.
Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations. IV.-Si l'Autorité de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions prévues au III, elle autorise l'opération par une décision motivée.L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification.
V.-Si aucune des décisions prévues aux III et IV n'a été prise dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, l'Autorité de la concurrence en informe le ministre chargé de l'économie.L'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le II de l'article L. 430-7-1.
Article L430-7-1 (Criado pela lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – artigo 96)
I.-Dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-5, le ministre chargé de l'économie peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7.
II.-Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'économie peut

évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération.
Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi.
Lorsqu'en vertu du présent II le ministre chargé de l'économie évoque une décision de l'Autorité de la concurrence, il prend une décision motivée statuant sur l'opération en cause après avoir entendu les observations des parties à l'opération de concentration. Cette décision peut éventuellement être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements.
Cette décision est transmise sans délai à l'Autorité de la concurrence.
Article L430-8 (Modificado pela lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – artigo 96)
I.-Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles L. 430-5 à L. 430-7 est alors applicable.
En outre, l'autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1, 5 million d'euros.
II.-Si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 430-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.
III.-En cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.
Cette sanction peut s'accompagner du retrait de la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération.A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I.
IV.-Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut :
1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération.A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I;
2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.
En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.
La procédure applicable est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.
L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés.
V.-Si une opération de concentration a été réalisée en contravention des décisions prises en application des articles L. 430-7et L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de revenir à l'état antérieur à la concentration.
En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles les décisions précitées s'imposaient la sanction pécuniaire prévue au I.
Article L430-9 (Modificado pela lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – artigo 96)
L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre.
Article L430-10 (Modificado pela lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008 – artigo 96, V)

R430-2 até R430 nº10[112]. As regras sobre concorrência desleal encontram-se no Código Civil e na jurisprudência. Por seu turno, as regras sobre a Autoridade da Concorrência,

---

Lorsqu'ils interrogent des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties, et rendent publique leur décision dans des conditions fixées par décret, l'Autorité de la concurrence et le ministre chargé de l'économie tiennent compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

[112] Parte regulamentar:

TITRE III: De la concentration économique.

Article R430-2 (Modificado pelo Decreto nº 2009-139, de 10 de fevereiro de 2009 – artigo 1)

Le dossier de notification mentionné à l'article L. 430-3 comprend les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du présent livre. Il est adressé en quatre exemplaires.

Lorsque l'Autorité de la concurrence constate que le dossier est incomplet ou que certains de ses éléments ne sont pas conformes aux définitions retenues dans les annexes susmentionnées, notamment en ce qui concerne la délimitation des marchés concernés, elle demande que le dossier soit complété ou rectifié.

La notification complète fait l'objet d'un accusé de réception.

Article R430-3 (Modificado pelo Decreto nº 2009-139, de 10 de fevereiro de 2009 – artigo 1º)

Si la Commission européenne décide, en application de l'article 9 du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, de renvoyer aux autorités françaises tout ou partie d'une concentration de dimension communautaire, les entreprises concernées communiquent sans délai à l'Autorité de la concurrence trois exemplaires du dossier de notification de l'opération qu'elles ont adressé à la Commission.

Article R430-4 (Modificado pelo Decreto nº 2009-139, de 10 de fevereiro de 2009 – artigo 1)

Le communiqué prévu au troisième alinéa de l'article L. 430-3 contient notamment les éléments suivants:

1° Les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;

2° La nature de l'opération ;

3° Les secteurs économiques concernés ;

4° Les éléments renvoyés, dans le cas d'un renvoi partiel d'une opération de dimension communautaire par la Commission européenne ;

5° Le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations ;

6° Le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties.

Ce communiqué est rendu public dans les cinq jours ouvrables suivant la date de réception du dossier de notification ou la date à laquelle l'Autorité de la concurrence est informée de la décision de renvoi de la Commission européenne.

Article R430-5 (Modificado pelo Decreto nº 2009-139, de 10 de fevereiro de 2009 – artigo 1)

Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres.L'absence de décision de l'Autorité de la concurrence ne fait pas obstacle au transfert desdits titres.

Article R430-6 (Modificado pelo Decreto nº 2009-139, de 10 de fevereiro de 2009 – artigo 1)

Lorsqu'une décision a été prise en application des articles L. 430-5, L. 430-7, L. 430-7-1, L. 430-8 ou L. 430-9, l'Autorité de la concurrence ou, le cas échéant, le ministre chargé de l'économie en rendent public le sens dans les cinq jours ouvrables suivant la décision.

Article R430-7 (Modificado pelo Decreto nº 2009-139, de 10 de fevereiro de 2009 – artigo 1)

Les décisions mentionnées à l'article L. 430-5 sont notifiées à l'auteur ou aux auteurs de la notification de l'opération de concentration mentionnée à l'article L. 430-3, ainsi qu'au ministre chargé de l'économie.

Lorsqu'elles reçoivent notification des décisions prises en application des articles L. 430-5, L. 430-7, L. 430-7-1, L. 430-8 et L. 430-9, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours pour indiquer à l'Autorité de la concurrence ou, le cas échéant, au ministre chargé de l'économie les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires.

Article D430-8 (Criado pelo Decreto nº 2009-186, de 17 de fevereiro de 2009 – artigo 1)

Les décisions de l'Autorité de la concurrence et du ministre chargé de l'économie relatives aux opérations de concentration sont rendues publiques.

L'Autorité de la concurrence assure la publicité de ses décisions par une diffusion sur son site internet. La liste des opérations réputées avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation est également diffusée sur ce site internet.

La publicité des décisions motivées du ministre chargé de l'économie est assurée par une publication dans l'édition électronique du Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Les décisions de l'Autorité de la concurrence et du ministre sont publiées dans le respect de l'intérêt légitime

constam do Título VI – "Da autoridade da Concorrência", que compreende os artigos L.461-1 a L 467-8.

Sendo a França membro da União Europeia, a legislação comunitária também vige em território francês, podendo ser aplicada, em certas circunstâncias. pelas autoridades nacionais francesas. O principal texto legal comunitário em matéria de concentração é o Regulamento CE n° 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controle das concentrações[113].

3.2.2. Exegese da legislação vigente aplicável às concentrações

A Lei nº 77-806, de 19 de julho de 1977[114], que foi revogada, expressamente, pelo artigo 57 da *Ordonnace* n° 86-1243, de 1986, possuía os seguintes artigos relacionados à concentração:

O artigo 1º criou a Commission de la concurrence (Comissão da Concorrência), com competência consultiva para conhecer a respeito do controle da concentração econômica e da repressão dos acordos ilícitos e dos abusos de posição dominante, submetidas pelo governo ou pelo parlamento.

Consoante o artigo 2º, a Comissão era uma autoridade administrativa independente, composta por quinze membros, nomeados por decreto, para mandato renovável; sendo um presidente, para mandato de seis anos, escolhidos dentre membros

---

des parties qui procèdent à la notification et de celui des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Article R430-9 (Modificado pelo Decreto nº 2009-139, de 10 de fevereiro de 2009 – artigo 1)

En cas d'annulation totale ou partielle d'une décision prise par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre chargé de l'économie sur le fondement des articles L. 430-5, L. 430-7, L. 430-7-1, L. 430-8 ou L. 430-9 et s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées qui ont procédé à la notification soumettent une notification actualisée dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'Etat.

Article R430-10 (Modificado pelo Decreto nº 2009-139, de 10 de fevereiro de 2009 – artigo 1)

Les sanctions pécuniaires prononcées en application de l'article L. 430-8 sont recouvrées comme les créances de l'Etat étrangères à l'impôt et au domaine.

Les astreintes prononcées par l'Autorité de la concurrence en application du même article sont recouvrées dans les mêmes conditions.

113 Textos de direito material comunitário em matéria de concentração

Règlement CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations

114 Ver artigo publicado por ocasião da aprovação da Lei: JENNY, Frédéric e WEBER, André Paul. **La politique française de concurrance**: nouvellés données et nouveaux problèmes, Revue d'Économie Industrielle, ano 78, volume 3, p. 31/55.

do Conselho de Estado e de magistrados administrativos ou judiciários; e quatorze membros, para mandato de quatro anos, escolhidos por sua *expertise* em assuntos econômicos, sociais e de consumo. Este artigo foi modificado pelo artigo 6º da Lei nº 85-1408, de 1985 e revogado pelo artigo 57 da *Ordonnance* n° 86-1243, de 1986.

O artigo 3º determina que as reuniões da Comissão podiam ser plenárias ou em seções, sempre presididas pelo presidente da Comissão ou um comissário. O presente artigo foi artigo 57 da *Ordonnance* n°86-1243, de 1986.

Para o artigo 4º concentração é todo o ato ou operação jurídica que transfira, total ou parcialmente, propriedade ou controle de empresa ou grupo de empresas, que possa por em perigo a concorrência no mercado nacional de bens, produtos ou serviços ou parte substancial desse mercado. Deverá haver controle se as empresas em tela, durante o ano civil precedente, realizaram mais do que 25% das vendas ou compras no mercado considerado. As medidas corretivas do artigo 8º da presente lei não são aplicáveis quando a concentração colaborar com o progresso econômico e social, de maneira a compensar os prejuízos à concorrência. Este artigo foi modificado pelo artigo 6º da Lei nº 85-1408, de 1985.

Conforme o artigo 5º, a notificação de projeto de concentração, ao ministro encarregado da Economia, é facultativa. Pode, entretanto, ser feita nos três meses subsequentes à sua realização definitiva. Em não havendo notificação, tanto o presidente do Conselho da Concorrência, quanto o ministro podem mandar apurar se os atos ou operações se subsumem no artigo 4º acima referido.

Reza o artigo 6º, que o ministro encarregado da economia pode submeter à Comissão de Concorrência ato ou operação jurídica, definido no artigo 4º, tenha ele sido ou não objeto de notificação.

Por força do artigo 7º, a Comissão de Concorrência verifica se as condições do artigo 4º são aplicáveis, indicando, se for o caso, as medidas a serem tomadas e comunicando-as às partes interessadas, para que façam as suas observações.

O artigo 8º possibilita que o ministro por decisão motivada, calcada no parecer da Comissão, assinale prazo às empresas, para: abortar o projeto, voltar à situação anterior, modificar ou completar o projeto ou tomar medidas para restabelecer a concorrência.

Em razão do artigo 9º, as determinações feitas com base no artigo 8º possuem caráter obrigatório, podendo o ministro, em caso de desrespeito, fixar sanção pecuniária, consultada a Comissão de Concorrência e nos limites previstos nos artigos 53, 54, 56 e 57 da *Ordonnance* n° 45-1843 de 1945, relativa aos preços.

Pelo artigo 19, o ministro determina as sanções pecuniárias em razão do papel de cada empresa em causa.

Em consonância com o artigo 11, as investigações (*enquêtes*) mencionados no artigo 5º podem ser conduzidos por funcionários da Direção Geral de Preços, enumerados no artigo 13 da *Ordonnance* nº 45.1483, de 1045, relativas aos preços; ou pelos relatores da Comissão de Concorrência. Este artigo foi revogado pelo artigo 57 da *Ordonnance* nº 86-1243, de 1986.

Os seguintes artigos da *Ordonnance* Balladur 86-1243, de 1º de dezembro de 1986[115], relativa à liberdade de preços e da concorrência possuíam relação com a concentração econômica:

O artigo 1º revogou a *Ordonnance* nº 45-1483, passando, como regra geral, os bens, produtos e serviços a serem regulados pelo livre jogo da concorrência.

Por força do artigo 2º, criou-se o Conselho da Concorrência, formado por dezesseis membros nomeados por decreto, fundamentado em relatório do ministro encarregado da economia para mandato renovável de seis anos; sendo: sete membros ou antigos membros do Conselho de Estado, da Corte de Cassação ou da Corte de Contas ou de outras jurisdições administrativas ou judiciárias; quatro entre pessoas especializadas em economia, concorrência ou consumo; cinco dentre pessoas que exerçam ou que exerceram atividades nos segmentos de produção, distribuição artesanato ou profissões liberais.

Conforme o artigo 3º, o presidente e dois vice-presidentes exercem suas atividades em tempo pleno; e o comissário do governo junto ao Conselho é nomeado pelo ministro encarregado da Economia.

O artigo 4º possibilita que o Conselho funcione em sessão plenária, em seções ou em sessão permanente. Compõem a seção permanente o presidente e os dois vice-

[115] Ver artigo publicado por ocasião da aprovação da Lei: GAST, OLIVIER. C**ommentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et du décret du 29 décembre 1986**. Le Petites Affiches, 29 de junho de 1987, nº 77, p. 3/6.

presidentes. O relator-geral e os relatores permanentes são nomeados por portaria do ministro encarregado da Economia; enquanto que os demais relatores, pelo presidente.

Por força do artigo 5º, o Conselho da Concorrência pode ser consultado pelo governo, pelo parlamento e por vários órgãos de classe e assemelhados. O título V, que compreende os artigos 38 a 44, referem-se à concentração econômicas.

Determina o artigo 38 que todo projeto de concentração ou toda concentração que possa prejudicar a concorrência, quer por criação, quer por reforço de posição dominante é suscetível de ser submetido ao parecer do Conselho da Concorrência, pelo ministro encarregado da economia. Essa disposição é aplicável somente quando as empresas partes no ato ou objetos do mesmo ou, ainda, que lhes são economicamente ligadas tenham realizado mais do que 25% das vendas, compras ou outras transações em dado mercado nacional ou em parte substancial dele ou totalizado volume de negócios, deduzidas as taxas, de mais de sete bilhões de francos, desde que tenham realizado volume de negócios mínimo de dois bilhões de francos.

O artigo 39 afirma que a concentração resulta de qualquer ato que implique em transferência de propriedade ou gozo de bens, direitos ou obrigações de uma empresa ou que tenha por objeto ou por efeito permitir que uma empresa ou grupo de empresas exerçam, direta ou indiretamente, influência determinante sobre outras empresas.

Pelo artigo 40, toda concentração ou projeto de concentração com menos de três meses, com ou sem compromissos (*engagements*), pode ser notificado ao ministro encarregado da economia. Haverá aprovação tácita quando não houver decisão em dois meses; ou em seis, caso o ministro tenha envolvido o Conselho da Concorrência.

O artigo 41 manda que os projetos sejam apreciados pelo Conselho de Concorrência, sob a ótica de contribuição suficiente à economia nacional de maneira a compensar eventual dano à concorrência; considerando também a competitividade das empresas à luz da concorrência internacional.

O artigo 42 dá poderes ao ministro encarregado da economia ou ao ministro da área interessada para, uma vez exarado o parecer do Conselho da Concorrência, por portaria motivada, assinalar prazo às empresas, quer para não prosseguir no processo de concentração ou restabelecer a situação anterior; quer para completar a operação, com ou sem compromissos, ou restabelecer concorrência razoável.

Pelo artigo 43, o ministro encarregado da economia ou o ministro da área interessada, pode, a pedido do Conselho de Concorrência, assinalar prazo às empresas para completar, modificar ou rescindir acordos ou atos suscetíveis de permitir abusos.

Em linha com o artigo 45, podem conduzir investigações os funcionários habilitados pelo ministro encarregado da economia, bem como os relatores do Conselho de Concorrência. Os ministros podem, pelo artigo 44, impor sanção pecuniária, em caso de não obediência às determinações do artigo 40.

A Lei nº 87-499 de 6 de julho de 1987, que transferiu o contencioso das decisões do Conselho para a jurisdição judiciária, substituiu algumas alíneas da *Ordonnance* nº 86-1243, de 1986. Conforme a alínea quatro, do artigo 12 e artigo 15, as partes e o comissário do governo podem recorrer da decisão do Conselho, objetivando anulação ou reforma, ante a Corte de Apelação de Paris, no prazo de dez dias da notificação. Embora o recurso não seja suspensivo, o presidente da citada corte pode suspendê-la em certas circunstâncias.

Consoante a lei de 11 de dezembro de 1992, o Conselho tornou-se competente para pronunciar-se sobre o emprego de preço abusivamente baixo, assim como com relação aos artigos sobre matéria concorrencial do Tratado da Comunidade Europeia.

A Lei Gallant nº 96-588 de 1167, de julho de 1996, sobre a lealdade e o equilíbrio das relações comerciais, modificou parcialmente a *Ordonnance* nº 86-1243, de 1986. Aumentou o número dos membros do Conselho da Concorrência para dezessete, dos quais oito nomeados dentre membros e antigos membros do Conselho de Estado, da Corte de Cassação, da Corte de Contas ou de outras jurisdições administrativas ou judiciais. Passou a haver três vice-presidentes, que, juntamente com o presidente compuseram a comissão permanente (artigos 1º e 2º). As regras sobre transparência tarifárias foram mudadas e introduziu o conceito de preço abusivamente baixo, cuja oferta e prática se tornaram práticas anticoncorrenciais (artigo 10).

A Segunda Parte, composta pelos artigos 48 a 98, da Lei RNE nº 2001-420, de 15 de maio de 2001, relativa às novas regulações econômicas, denomina-se Regulação da Concorrência. O Título III dessa Parte - artigos 86 a 95 - é dedicada ao "Controle de Concentrações"[116].

[116] La loi du 15 mai 2001 a profondément modifié le système français de contrôle des concentrations, en s'inspirant très largement du modèle communautaire. La notification est désormais obligatoire, dès lors que

O artigo 86 consagra o teor do artigo L. 430-1 do Código de Comércio[117], que entende haver operação de concentração, quando se fundem uma ou mais empresas, anteriormente independentes; quando o controle, total ou parcial, de uma ou várias empresas forem adquiridos, direta ou indiretamente, por uma ou mais pessoas já detentores do controle de, ao menos, uma empresa ou por uma ou várias empresas. Constitui-se, igualmente, em concentração a criação de uma empresa comum, realizando, permanentemente, as funções de uma entidade econômica autônoma. O controle deriva de direito, contratos e outros meios, que ensejem a possibilidade de exercer influência determinante, sobre a atividade de uma empresa.

Pelo artigo 87, fica estabelecido o teor do artigo L. 430-2 do Código de Comércio, que fixa as três condições necessárias, conjuntamente, para que as operações de concentração definidas no artigo anterior, sejam submissíveis às disposições do artigo L. 430-2 e seguintes: (i) total de volume mundial de negócios, deduzidos os impostos, de todas as empresas ou conjunto de pessoas físicas e jurídicas, supere cento e cinquenta milhões de euros; (ii) total de volume de negócios, realizados na França, deduzidos os impostos, de todas as empresas ou conjunto de pessoas físicas e jurídicas, supere quinze milhões de euros; (iii) a operação não esteja no campo de aplicação do Regulamento

---

l'opération atteint certains seuils dont les montants sont relativament modestes. De sucroît, la procédure de contrôle a été dotée d'um 'effet suspensif', qui interdit, en principe, toute mise en oeuvre d'une opération avant son autorisation formelle. En dépit de changements aussi importante, la réforme a laissé des pans entiers du système inchangés, en particulier la dualité institutionnelle (Ministre de l'économie/Conseil de la concurence) et les critères d'appréciations appliqués par les autorités de controlé. Il convient donc de se demander si de telles lacunes ne sont pas de nature à compromettre la réalité des changements radicaux, que la présente réforme paraît annoncer". BRUNET, François e Girgenson, Ianis. **Le Nouveau Régime de Contrôle des Concentrations**: Les ambivalences d'une 'révolution antitrust' à la française", La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, nº 46, 14 de novembro de 2002, p. 1.

"Les tiers occupent désormais une place importante, qui ne cesse de s'acroître, dans le déroulement des contrôles des concentrations. L'évolution est particulièrement nette em droit français depuis que de la loi dite NRE du 15 mai 2001 a remplacé um régime de contrôle opaque par um système transparent largement inspiré du droit communautaire. Dans cette association croissante des tiers, le juge administratif a joué également um rôle fondamental, comme le démonstrent une nouvelle fois les arrêts les plus récents." IDOT Laurence. **Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations** – Aspects du droit français", Revue Internationale de droit comparé, vol. 58, nº 3, 2006, p. 747.

[117] No final do século XX, o primeiro Código de Comércio da França, de 1807, estava reduzido a apenas cento e cinquenta artigos; enquanto a legislação comercial florescia em textos legais esparsos. Do ano 2000 a 2009, o Código de Comércio foi revisto, com a introdução das regras avulsas em vigor. Coube à Lei RNE, de maio de 2001, atualizar muitos dos artigos. Dos nove livros do código vigente, um deles intitula-se: "Da liberdade de preços e da concorrência".

(CEE) nº 4064/89 do Conselho de 21 dezembro de 1989; salvo se tenha havido reenvio à autoridade nacional.

O artigo 88 declara o teor do artigo L. 430-2 do Código de Comércio, que, por seu turno determina a necessidade de notificação da operação de concentração ao ministro encarregado da economia. Tal notificação deve ter lugar quando as partes se tenham obrigado, de modo irrevogável; mormente, concluídos os atos constitutivos, publicada oferta de compra ou de troca ou a aquisição de participação de controle. Reenvio feito pela Comissão das Comunidades Europeias equivale à notificação.

Conforme o teor do artigo L. 430-4 do Código de Comércio, declarado pelo artigo 89, a menos que tenha havido derrogação excepcional pelo ministro, por necessidade particular, devidamente motivada, a realização efetiva de operação de concentração somente poderá ocorrer depois de autorizada pela referida autoridade.

Em razão do artigo 90, o artigo L. 430-5 do Código de Comércio reza que o ministro encarregado da economia deve-se manifestar sobre a operação de concentração em cinco semanas, contadas da notificação completa. É facultado às partes da operação comprometerem-se com medidas, que remediem seus efeitos anticoncorrenciais, tanto por ocasião da respectiva notificação; quanto antes de cinco semanas da notificação completa; desde que não tenha sido exarada decisão ministerial. O ministro, por decisão motivada, pode: (i) declarar que a operação de concentração notificada não se enquadra no tipificado nos artigos L.430-1 e L.430-2 acima; (ii) autorizar a operação, subordinando-a, eventualmente, a certos compromissos acordadas pelas partes (iii) encaminhá-la ao Conselho de Concorrência, caso entenda ser ela prejudicial à concorrência e serem insuficientes os compromissos acordados pelas partes. A operação será considerada tacitamente aprovada, caso o ministro nada decida nos prazos assinalados.

O artigo 91 assinala que o atual artigo L.430-6 do Código de Comércio se torna o artigo L.430-9 do mesmo código. O artigo 92 diz que o artigo L.430-7 do Código de Comércio é substituído pelos artigos L.430-6, L.430-7 e L.430-8.

O artigo L.430-6 estatui que quando uma operação de concentração é referida ao Conselho da Concorrência, este examinará (i) sua potencialidade de ferir a concorrência, mormente, por criar ou reforçar posição dominante ou poder de compra; (ii) se sua contribuição ao progresso econômico é suficiente para compensar o prejuízo à concorrência; sempre considerando a competitividade das empresas do prisma da

economia internacional. O Conselho deve enviar seu parecer ao ministro, no prazo de três meses.

Conforme o artigo L.430-7, quando a operação é examinada pelo Conselho, o prazo para a decisão passa a ser de quatro semanas, a partir da entrega do parecer do Conselho ao ministro. Ao tomar conhecimento do parecer do Conselho, as partes podem propor acordos para minorar efeitos negativos à concorrência, em quatro semanas da entrega do parecer ao ministro, a menos que o Conselho já tenha decidido. O ministro encarregado da economia ou o ministro do setor pode, por portaria motivada: (i) proibir a operação e determinar que as partes restabeleçam concorrência razoável; (ii) autorizar a operação, obrigando às partes a tomar medidas para que haja concorrência razoável; ou, com o intuito de compensar os prejuízos à concorrência, obrigar as partes a adotar medidas em prol do progresso econômico e social. Se os ministros não tomarem nenhuma dessas duas decisões, o ministro encarregado da economia, motivadamente, pode autorizar a operação, submetida ou não ao cumprimento de compromissos que as partes tenham propugnado. Haverá aprovação tácita da operação, em não ocorrendo, no prazo, qualquer das três decisões supra.

Consoante o artigo 92, reza o artigo L.430-8 do Código de Comércio que a realização de operação de concentração sem que tenha havido notificação, possibilita ao ministro encarregado da economia impor sanção pecuniária, cujo montante máximo para as pessoas jurídicas é de 5% do volume de negócios realizados na França, no último exercício, deduzidos os impostos; e para as pessoas físicas de um milhão e meio de euros. Pode o ministro determinar seja a operação notificada, sob pena de reversão ao estado anterior à concentração; podendo também acionar o Conselho, sem esperar pela notificação. Sanções pecuniárias podem ser determinadas pelo ministro nos seguintes casos: operação notificada realizada antes da autorização, sem que tenha ocorrido derrogação excepcional; omissão ou declaração inexata por ocasião de notificação; e inexecução tempestiva de determinação ou acordo.

Coube à *Ordonnance* n° 2004-1173, de 4 de novembro de 2004, relativa à adaptação de dispositivos do Código de Comércio ao direito comunitário da concorrência, alinhar o direito francês da concorrência ao direito europeu, mormente ao Regulamento (CE) nº1/2003. Os seguintes artigos do Código de Comércio foram modificados por essa

Ordonnance , com o intuito de realizar o alinhamento referido: artigos L.462-3[118], L.462-6[119], L462-8[120], L462-9[121] e L.470-6[122]. No mais das vezes, fez-se referência a artigos de

---

[118] Artigo L.462-3 (Modificado pela Leiº 2012, de 20 de novembro de 2012 – artigos 5,V e 6).
"L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en oeuvre la procédure prévue au présent texte.
L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à"
"ladisposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction.
Le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation de l'Autorité.
L'avis de l'Autorité peut être publié après le non-lieu ou le jugement"
[119] **Artigo L462-6** (Modificado pela Leiº 2012, de 20 de novembro de 2012 – artigo 6).
"L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 ou L. 420-5, sont contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions.
Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique."
"La prescription est interrompue également lorsque les faits visés dans la saisine font l'objet d'un acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction par la Commission européenne ou par une autorité de concurrence d'un autre Etat membre de la Communauté européenne."
[120] L462-8 **Article L462-8** (Modificado pela Lei nº 2015-990, de 6 de agosto de 2015 – artigo 217)
"l'Autorité de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence.
Elle peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.
Elle peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsque les faits invoqués peuvent être traités par le ministre chargé de l'économie en application de l'article L. 464-9.
Elle peut aussi rejeter la saisine dans les mêmes conditions, lorsqu'elle est informée qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un Etat membre de la Communauté européenne ou la Commission européenne a traité des mêmes faits relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne.
Elle peut aussi rejeter la saisine dans les mêmes conditions ou suspendre la procédure, lorsqu'elle est informée qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un Etat membre de la Communauté européenne traite des mêmes faits relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne. Lorsque cette information est reçue par le rapporteur au stade de l'instruction, le rapporteur général peut suspendre son déroulement.
l'Autorité de la concurrence peut aussi décider de clore dans les mêmes conditions une affaire pour laquelle elle s'était saisie d'office"
"Il est donné acte, par décision du président de l'Autorité de la concurrence ou d'un vice-président délégué par lui, des désistements des parties ou des dessaisissements effectués par la Commission européenne. En cas de désistement, l'Autorité peut poursuivre l'affaire, qui est alors traitée comme une saisine d'office"
[121] L462-9 **Article L462-9** (Modificada pela Ordonnance nº 2008-1161, de 13 de novembro de 2008 – artigo 4)
"I.-L'Autorité de la concurrence peut, pour ce qui relève de ses compétences et après information préalable du ministre chargé de l'économie, communiquer les informations ou les documents qu'elle détient ou qu'elle recueille, à leur demande, à la Commission des Communautés européennes ou aux autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues, à leur demande, sous réserve de réciprocité, et à condition que l'autorité étrangère compétente soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.
L'Autorité de la concurrence peut, dans les mêmes conditions, selon les mêmes procédures et sous les mêmes sanctions que celles prévues pour l'exécution de sa mission, conduire ou demander au ministre

tratados ou regulamentos comunitários; à Comissão Europeia e à autoridade concorrencial de outro Estado-Membro.

A última grande reformulação do direito de concorrência francês foi obra da Lei LME nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008, relativa à modernização da economia; e da *Ordonnance* nº 2008-1161, 8 de 13 de novembro de 2008. O Título III da Lei LME – "Mobilizar a concorrência como nova alavanca de crescimento", possui o Capítulo III – "Instaurar uma autoridade da concorrência", abarcando os artigos 95 a 97. O relatório

---

chargé de l'économie de conduire des enquêtes, à la demande d'autorités étrangères exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité.
L'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par les autorités de concurrence des informations ou documents qu'elles détiennent ou qu'elles recueillent, à leur demande, à la Commission des Communautés européennes et aux autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel.
L'assistance demandée par une autorité étrangère exerçant des compétences analogues pour la conduite d'enquêtes ou la transmission d'informations détenues ou recueillies par l'Autorité de la concurrence est refusée par celle-ci lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public français ou lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée en France sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits.
Les autorités de concurrence, pour ce qui relève de leurs compétences respectives, peuvent utiliser des informations ou des documents qui leur auront été transmis dans les mêmes conditions par la Commission des Communautés européennes ou les autorités des autres Etats membres exerçant des compétences analogues.
L'Autorité de la concurrence peut, pour la mise en oeuvre du présent article, conclure des conventions organisant ses relations avec les autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues. Ces conventions sont approuvées par l'Autorité dans les conditions prévues à l'article L. 463-7. Elles sont publiées au Journal officiel.
II.-Dans la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, les autorités de concurrence appliquent les dispositions du règlement n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, à l'exclusion des dispositions des cinq premiers alinéas du I du présent article.
Pour l'application des dispositions du 4 de l'article 11 de ce règlement, l'Autorité de la concurrence transmet à la Commission européenne un résumé de l'affaire ainsi qu'un document exposant l'orientation envisagée, qui peut être la notification de griefs ou le rapport mentionnés à l'article L." "463-2. Elle peut mettre ces mêmes documents à la disposition des autres autorités de concurrence des Etats membres de la Communauté européenne."

[122] **Artigo L470-6 (**Modificado pela *Ordonnance* nº 2008-1161, de 13 de novembro de 2008 – artigo 4)

"Pour l'application des articles 81 à 83 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités conformément aux dispositions du présent livre d'une part, l'Autorité de la concurrence, d'autre part, disposent des pouvoirs respectifs qui leur sont reconnus par les articles du présent livre et du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et par le règlement du Conseil n° 1 / 2003 (CE) du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne. Les règles de procédure prévues par ces textes leur sont applicables.

Pour l'application des articles 87 et 88 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités conformément aux dispositions de l'article L. 450-1 disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par le titre V du livre IV."

Attali constituiu a base das mudanças no referente ao controle de concentrações, cujas maiores novidades foram a transferência de parte desse controle para a Autoridade da Concorrência e a divulgação das respectivas linhas diretrizes. O controle de concentrações foi transferido do ministro da Economia, para a competência da Autoridade da Concorrência, aproximando nesse tocante a legislação francesa à dos demais países membros da União Europeia. Contudo o ministro, excepcionalmente, reteve o poder de avocar decisão já tomada pela autoridade, desde que com fundamento no interesse geral.

O direito concorrencial francês, praticamente, atingiu sua feição atual com a legislação de 2008, já referida; uma vez que as mudanças posteriores foram pequenas: a Lei de 20 de novembro de 2012, sobre regulação econômica do ultramar introduziu apenas mudanças de procedimento; enquanto que a Lei Hammon, de 17 de março de 2014, sobre o consumo, limitou-se a balancear as relações entre atores econômicos e o consumo e a introduzir no direito concorrencial a ação de grupo.

Inexistiram mudanças relativamente à definição de controle de concentração. Permaneceram os mesmos limiares; embora tenham sido acrescentados limiares mais baixos para casos específicos relacionados com o comércio varejista ou atividade nos territórios franceses ultramarinos.

A notificação, que passa a ser feita à Autoridade, deve ser prévia à realização da operação. Entretanto a Autoridade pode derrogar esta exigência, caso haja necessidade particular (CC. artigo L. 430-4, alínea 2).

O procedimento divide-se em duas fases. Na primeira a Autoridade deve pronunciar-se, no prazo de cinco semanas do recebimento da notificação (CC. artigo L. 430-5, I). As partes podem aceitar compromissos, após a notificação, dentro de vinte e cinco dias a começar da recepção da notificação, caso a decisão da Autoridade não tenha sido expedida.

Três são as decisões possíveis para a Autoridade (CC. artigo L. 430-5, III): (i) considerar a operação como não abrangida pelos artigos L. 430-1 e L.430-2; (ii) (subordinar a aprovação à aceitação de compromissos; e (iii) considerar necessário exame aprofundado da operação e remetê-la para a fase 2.

A Autoridade precisar cientificar o ministro encarregado da Economia, quando deixar de tomar decisão no devido prazo. A decisão então é tida como aprovada, no prazo de cinco dias (CC. L. 430-5, IV e L.430-7-1, I). O ministro da Economia tem

possibilidade de intervir, podendo, em cinco dias, a contar da decisão da Autoridade, determinar a passagem da operação para a segunda fase.

A finalidade do exame por parte da Autoridade concorrencial, na segunda fase, encontra-se definida no artigo L. 430-6: "est de nature de porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par crèation ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique"; a Autoridade "apprécie se l'operation apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes a la concurrence". Foi retirada a necessidade de se levar em conta a criação e a manutenção do emprego.

A Autoridade pode tomar as mesmas decisões possíveis após a primeira fase. (CC. artigo L. 430-7, III). O prazo para tanto é de sessenta dias úteis (CC. artigo L. 430-7, I), devendo o ministro ser informado no caso de não ser tomada decisão no prazo.

O artigo L. 430-8 do Código Comercial estabelece a sanção pelo não cumprimento da notificação ou das decisões da Autoridade.

A intervenção do ministro da Economia continua possível, graças ao artigo artigo L. 430-7-1 do Código de Comércio. Ele pode avocar o caso e decidir sobre ele, com fundamento no interesse geral (desenvolvimento industrial, competição empresarial levando em conta a concorrência internacional, criação ou manutenção do emprego etc.), que não a manutenção da concorrência. Essa decisão de caráter político deve ser motivada.

Feita a notificação, a Autoridade realiza exame sucinto e rápido (fase 1). Em não havendo problemas concorrenciais, ela pode autorizar a concentração, em vinte e cinco dias, com ou sem compromissos (*engagements*). Em havendo dúvidas, a Autoridade inicia exame mais aprofundado (fase 2), em que se verifica a natureza da operação, a ocorrência de detrimento à concorrência - pela instituição ou incremento de posição dominante ou de poder de compra etc. -, sem que haja ganhos de eficiências compensatórias. No prazo de sessenta e cindc dias, a Autoridade emite decisão proibindo ou permitindo a operação, com ou sem condições. Tanto as partes, quanto terceiros interessados, podem, em dois meses, recorrer da decisão ao Conselho de Estado[123].

[123] A observação feita por ocasião da lei anterior, continua válida no curso da vigente, no sentido de que as motivações das autorizações devem sejam bem fundamentadas, pois as decisões sobre concentração são, com frequência, levadas ao Conselho de Estado, sobretudo por terceiros às concentrações. HUBERT, Patrick. **Contrôle des concentrations et juge administratif français**. Revue Lamy de la Concurrence, 2005, 4, p.1/4. lamiline.fr>

A Autoridade da Concorrência passou a deter o poder de controlar as concentrações, a partir da Lei de modernização da economia (LME), de 4 de agosto de 2008. Com a finalidade de explanar, pedagogicamente, o campo de aplicação; o respectivo procedimento, bem como os métodos e critérios de apreciação do fundo das operações de concentração, a Autoridade editou, em 16 de dezembro de 2009, as Linhas Diretrizes sobre o Controle de Concentrações.

Não por acaso, as citadas Linhas Diretrizes vieram à luz após a edição por parte da Comissão da União Europeia dos seguintes documentos sobre: concentrações horizontais (2004), concentrações não-horizontais (2008) e o comunicação sobre remédios (2008).

Pode-se afirmar que ambas, a Comissão e a Autoridade, realizam análise concorrencial semelhante, fundadas nas teorias atuais sobre organização industrial. Entretanto, como cada uma delas mensura de uma maneira os ganhos de eficiência, há divergências no que tange aos remédios necessários para que os mercados afetados sejam reparados.[124]

As Diretrizes em suas seis partes e duzentas e quinze páginas trata, detalhadamente, do: objetivo do controle de concentrações, fontes, campo de aplicação, procedimento, exame do fulcro da operação. Seus anexos contêm, além de vista do conjunto do procedimento de controle de concentrações e de modelo de contrato tipo de mandato; questões relativas: às redes de distribuição, ao fundo de investimento, às cooperativas agrícolas e à recuperação de empresas em dificuldade.

De tempos em tempos, as linhas diretrizes são revisadas, tendo a última sido feita em 10 de julho de 2013. Nessa oportunidade, *inter alia*, as operações notificáveis e o risco financeiro foram objetos de precisões. Com fundamento na prática recente, definiu-se o campo de aplicação do controle e informou-se a correta interpretação do feixe dos índices legais aplicáveis; ao mesmo tempo em que se conclamou as empresas para a necessidade de notificar tais operações.[125]

As linhas são avançadas, como se pode verificar, exemplificativamente, no que tange a terceiros interessados. Enquanto que a legislação francesa, vigente em 2006, mencionava tal categoria uma única vez, no artigo L. 430-6 do Código de Comércio, no

---

[124] PALOMINO, Frédéric. **Aspects économiques du contrôle des concentrations: ce que nous indiquent les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence par rappport às l'approche communautaire**.Revue Lamy de Concurrence, (ano) p.1/6.

[125] REDON, Denis e Nasser, Sara. **Lignes directrices révisées en matière de concentrations: précisions sur les opérations notifiables et le risque financier**. Recueil Dalloz, 2013, p. 2540

contexto da fase II e já com o Conselho da Concorrência examinando a questão, as linhas diretrizes o faziam desde a primeira fase[126].

3.3. Autoridade da concorrência

A Autoridade da concorrência, também sediadas em Paris como suas antecessoras, é autoridade administrativa independente, com competência para analisar e regular a atividade concorrencial dos mercados; controlar as práticas anticoncorrenciais e as operações de concentração; com o objetivo de defender a ordem pública econômica, favorecer a liberdade concorrencial e o bem-estar do consumidor.

Os meios à disposição da Autoridade da Concorrência, que passou a poder executar suas próprias decisões, foram fortalecidos, exemplificativamente:

i) sua atividade instrutória, sob a direção do rapporteur général (relator geral) passou a contar com os investigadores (*enquêteurs*) da DGCCRF[127] do Ministério da Economia e dos *rapporteurs* (relatores) do Conselho da Concorrência[128];

ii) o relator-geral é subsidiado por informações do Ministério da Economia, para que tenha condições de decidir quais casos merecem intervenção da Autoridade. Conforme o artigo L.464-9 do Código de Comércio, as micro práticas anticoncorrenciais, relativas a mercados locais e com volume de negócios baixos, podem ser cuidadas, administrativamente, no próprio Ministério.

Inobstante não seja tida como uma jurisdição, possui poderes para exarar pareceres, (*avis*) tomar decisões, aplicar sanções e emitir ordem (*injonction*). De suas

---

[126] IDOT LAURENCE.**Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations – Aspects du droit français**. Revue Internationale de droit comparé, vol.58, nº 3, 2006, p. 750/751.

[127] "La loi ... (LME) a posé le cadre permettant au Gouvernement de faire de la politique de concurrence um volet décisif de sa politique économique. La loi renforce ou conforte chacune des institutions spécialisées chargées de réprimer les pratiques nuisibles au fonctionnement efficace du marché. Dans ce nouveau cadre juridique, la DGCCRF continuera de jouer um rôle décisif dans le respect des bonnes pratiques de marché". HOMOBONO, Nathalie. **LME, un an après: le point de vue du directeur de la DGCCRF**. Revue Lamy de la Concurre ce, outubro/dezembro de 2009, nº 21, p. 118.

[128] BEAUMEUNIER, Virginie. **Enquêtes de concurrence: point de vue de la Rapporteure générale de l'Autorité**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2009, nº 21, p. 161/163.
SÉLINSKY, Véronique. **Le déroulement des enquêtes de concurrence après la réforme résultant de la "LMA**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2009, nº 21, p. 167/169.

decisões cabe recurso para a Cour d'appel (Corte de Apelação) de Paris e para a Corte de Cassação.

A Autoridade da concorrência é um colégio de dezessete membros, nomeados pelo Presidente com base em parecer do Ministro da Economia, para cumprir mandato renovável de cinco anos. Afora o presidente, seis membros devem ser originários de jurisdições, como antigos membros do *Conseil d'État* (Conselho de Estado), da Cour de cassation (Corte de Cassação) ou da *Cour des Comptes* (Corte de Contas); cinco devem ser especialistas em economia, concorrência ou consumo; e cinco devem ser egressos dos segmentos da produção, da distribuição, do artesanato, dos serviços ou de profissões liberais.

Cabe ao ministro da Economia nomear junto à Autoridade um comissário do governo (*Comissaire du gouvernment*), na pessoa do diretor geral do DGCCRF; bem como, por proposição da Autoridade, o *rapporteur général* (relator-geral), a quem cabe, por seu turno, nomear os relatores (*rapporteurs*) dos casos a serem apresentados à Autoridade.

O presidente e quatro vice-presidentes compõem a Comissão Permanente da Autoridade. A Autoridade da Concorrência *"veille au libre jeu de la concurrence"* (vela pelo livre jogo da concorrência), (artigo L. 461-1 do Código de Comércio), possuindo competências nacionais e competências comunitárias.

Consoante o artigo L. 410-1 do Código de Comércio, sua competência nacional é aplicável *"à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public"*;

A partir da entrada em vigor, em 1º de janeiro de 2004, do Règlement (Regulamento) (CE) nº 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, as autoridades nacionais de concorrências (ANC) dos países-membros da União Europeia passaram a ter a competência e a obrigação de por em prática as regras comunitárias de concorrência a fatos nacionais quando sejam *susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres*; podendo aplicar o artigo 101, § 3º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, para *exempter les ententes contribuant à un progrès économique*. Estava criada, sob a coordenação da *Commission Européenne* (Comissão Europeia), o *Réseau européen de concurrence* – (Rede Europeia de Concorrência) e as autoridades nacionais passaram a ter funções também no âmbito do direito comunitário da concorrência.

A competência consultiva da Autoridade é ampla em matéria concorrencial; sendo seus pareceres exarados após procedimento contraditório (artigo L.462-3 do Código de Comércio). Pode ser consultada por vasto número de órgãos (artigos L.462-1 e L.462-3 do Código de Comércio), mas não por particulares; e exarar parecer de ofício (artigo L.462-4 do Código de Cómercio). As consultas são facultativas (artigo L.462-1 do Código de Comércio) ou obrigatórias (artigo L.410-2 do Código de Comércio).

Desde 1987, o Conselho e depois a Autoridade da Concorrência vêm apresentando relatórios anuais, sendo que o último se refere a 2015. A Autoridade publica também as *Pratiques de l'Autorité de la Concurrence* (Práticas da Autoridade da Concorrência.)

3.4. Doutrina francesa sobre concentração de empresas.

Consoante Vogel[129], haverá competência da Autoridade de Concorrência sempre que uma operação de concentração produzir efeitos, diretos ou indiretos, sobre o território nacional, inclusive se originária do exterior; não importando a nacionalidade das partes e respectiva situação geográfica, desde que se enquadre nos limiares (*seuils*) do artigo L.430-1 do Código de Comércio: faturamento global de cento e cinquenta milhões de euros, descontados os impostos; faturamento na França, superior a cinquenta milhões de euros, de ao menos duas empresas; e a operação não estiver no âmbito do Regulamento (CE) nº 139/2004. Há controle com relação à operação de duas ou mais empresas, que origine uma entidade econômica única; entendendo-se por empresa, a entidade detentora de atividade econômica, não importando seu status jurídico ou maneira de financiamento[130].

---

[129] VOGEL, LOUIS. Droit de la Concurrence. Européen et Français. Tomo I, Lawlex, Paris, 201, p. 1221/ 1292. O item relativo à doutrina francesa sobre concentração de empresas, foi feito, *pari passu*, com base no texto citado de Vogel, por ser o mais completo e atual. As notas de rodapé respectivas refletem o pensamento de outros doutrinadores franceses.

[130] "Le champ d'application du contrôle (...) reste pratiquement le même. La seule modification est l'abaissement des seuils das le cadre des opérations de concentration intervenant dans le commerce de détail (...). Cette solution semble être conséquence de la supression de l'interdiction des discriminations tarifaires par la loi de 4 août 2008 (LME, art. 93), qui a fait craindre qu'elle conduise à des concentrations au plan local (...) et qui ne pourraient être efficacement contrôlées à s'en tenir au seuil de l'article L.430-2,I". BAZEX, Michel e BLAZY, Sophie**. Les dispositions de la LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises**: quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration?, Contrats Concurrence Consommation, nº 11, novembro de 2008, dossier 7, p. 3.
As situações mais frequentemente examinadas pelas autoridades da concorrência são as conhecidas como 'capitalísticas', que acontecem por transação relativa ao capital das empresas partes e, geralmente, são facilmente identificáveis, a menos que se relacione à tomada de capital minoritário ou haja modificação estrutural de capital entre os acionistas. Nesses casos pode haver discussões quanto ao caráter 'concentrativo' da operação. WILHELM, Pascal e VEVER, Florent. **La notion de concentration em droit**

A noção de concentração inscrita no Artigo L.430-1 do Código de Comércio é idêntica à do direito europeu[131]. O exercício de uma atuação decisiva pode advir, principalmente, (i) do direito de propriedade ou de gozo, total ou parcial, dos bens de uma empresa; e (ii) dos direitos e contratos que redundem influência dominante sobre a composição, as deliberações e as decisões de órgãos empresariais. Nessa definição não limitativa cabem todas as formas modernas de ligações financeiras e de integração contratual. O texto legal, contudo, não explicita os critérios para se chegar à conclusão, quando dada influência é suficiente para ser considerada determinante. Daí ter a Autoridade da Concorrência ter decantado alguns parâmetros para tanto.

Consoante o Artigo L.430-1 do Código de Comércio, para que a criação de uma empresa comum induza à concentração, faz-se mister que ela preencha, permanentemente, todas as funções de uma unidade economicamente autônoma. A condição de ausência de coordenação de comportamento das sociedades participantes, consagrada jurisprudencialmente, foi afastada pela Lei NRE. Antes de a Lei LME vigorar, cabia a indagação de quem seria competente para apreciar a coordenação do comportamento concorrencial, o Conselho da Concorrência ou o Ministro da Economia. A partir dessa lei, a questão foi superada, pois a Autoridade da Concorrência passou a ser a única dotada de competência para controlar concentrações.[132]

Em uma concentração pode haver restrições que contribuam para sua aprovação. Algumas delas apreciadas em si mesmas e submetidas ao artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (antigo artigo 81 CE) ou ao artigo L.420-1 do Código de Comércio. Outras de natureza acessória, ou seja - necessárias à

---

interne et communautaire: tentative de définition. Contrats Concurrence Consommation nº 11, novembro de 2007, estudo 13, p. 1/8.

[131] "...d'une certaine manière, l'idée de concentration à dimension interne apparaît comme une figure d'exception ou de dérogation: le droit français ne s'applique que lorsque la concentration ne présente pas de dimension européenne et sous reserve, naturellement, que l'opération de concentration produise ses effects em France..." NOURISSAT, Cyril, Clavière-Bonnamour. **Droit de la concurrance**. Libertés de circulation. Droit de l'Union – Droit Interne", 4ª edição, Dalloz, Paris. p. 345

[132] Os direitos interno e comunitário apresentam noção de concentração com base no resultado: mudança durável de controle. Esse enfoque pragmático, ligado à finalidade da concentração e não ao seu meio, suscita, frequentemente, dúvidas quanto ao seu caráter 'concentrativo'. As autoridades da concorrência, com o intuito de aumentar a previsibilidade, editaram as Linhas Diretrizes, em que procuraram delinear um feixe de índices, composto por elementos jurídicos e econômicos, capazes de detectar o efeito 'concentrativo' ou não da operação, diminuindo, assim, a incerteza Contudo ganha em complexidade a apreciação da sujeição ou não de uma operação não capitalística ao controle de concentrações: fusão de fato; concentração por quiasição de ativos, concentrações com base contratual e controle por ligações unicamente econômicas. WILHELM, Pascal e VEVER, Florent. **La notion de concentration em droit interne et communautaire: tentative de définition**. Contrats Concurrence Consommation nº 11, novembro de 2007, estudo 13, p. 2/6.

operação e cuja inexistência poria em risco a aprovação da própria concentração - eram verificadas por ocasião da operação.

Quando são correlatas, as operações múltiplas parecem uma única concentração. Assim, são etapas da mesma operação, a aquisição por livre acordo de vontades de participação de controle e a obrigação de disponibilizar oferta pública de compra do capital restante. Duas são as condições necessárias para aquilatar se uma operação transitória constitui uma modificação permanente de controle: (i) caráter obrigatório da transitoriedade da operação, acordada pelos compradores e (ii) a segunda etapa deve acontecer com celeridade.

O direito francês evoluiu relativamente a limiar de controle. Primeiramente adotava sistema de controle, que combinava o limiar tradicional de valor relativo, calculado em percentual de mercado, e o limiar alternativo, em valor absoluto, avaliado pelo faturamento. Posteriormente, deixou de lado o limiar de percentual de mercado, alinhando-se, dessa maneira, ao direito europeu. Dessa maneira, para submeter-se ao controle de concentrações, a operação deve satisfazer a três condições: (i) as partes na concentração devem ter faturamento total global superior a cento e cinquenta milhões de euros, deduzidos os impostos; (ii) ao menos duas das partes devem ter faturamento, na França, superior a cinquenta milhões de euros, deduzidos os impostos; (iii) não ter a si aplicável o regulamento europeu de concentrações.

O limiar em valor absoluto impõe-se por ser mais eficaz. Daí a generalização atual de se utilizar exclusivamente o critério de faturamento. Atualmente, o direito europeu e o francês diferem, uma vez que o direito comunitário determina que ao menos duas das partes devem ter faturamento nacional, individualmente, maior que cinquenta milhões de euros; enquanto que o direito francês não. Embora, internamente na França, por interpretação literal possa-se interpretar que o faturamento superior a cinquenta milhões de euros possa ser dividido entre as duas partes; a hermenêutica, baseada no espírito da lei, considerará que cada uma deva ter faturamente superior a essa cifra.

O cálculo do faturamento deve ser efetuado em consonância com o artigo 5º do regulamento europeu relativo ao controle de operações de concentração (artigo R.430-1 do Código de Comércio).

Conforme o artigo L.430-6, a operação que ultrapassar os limiares de controle será examinada pela Autoridade de Concorrência, como intuito de verificar se ela

prejudica a concorrência, pela criação ou reforço de posição dominante ou de poder de compra que deixe os fornecedores dependentes economicamente. Em princípio, as operações são permitidas em razão de suas caracteristicastamente pró-concorrenciais e benéficas para a política industrial e para a economia em geral. Por essa razão, mesmo quando significam risco para a concorrência podem ser autorizadas pelo ministro da Economia por "motivos de interesse geral"[133].

O potencial de risco à concorrência de uma operação é perquirido pela Autoridade da Concorrência, levando em conta, a parcela do mercado dos demais operadores no mercado nacional, além de outras variáveis, como, capacidade das importações concorrerem com produtos domésticos; dificuldades na obtenção de matérias primas; ou, ainda, os fatores de produção: economia de escala, investimentos necessários para entrar ou se manter no mercado e patentes. O fato de o novo artigo L.430-6 do Código de Comércio ter consagrado o poder de compra que torne os fornecedores dependentes economicamente, cuja gênese se deve ao aumento do contencioso no âmbito do varejo, não muda o quadro acima.

Para análise preliminar, a Autoridade da Concorrência leva em grande conta a parcela do mercado controlada pelas empresas partícipes da concentração; que, entretanto, é relacionada ao grau de concentração do mercado sobre o qual a operação intervém. Por outro lado, a análise pelos efeitos conduz à compreensão dos efeitos não coordenados, independentemente da criação ou intensificação da posição dominante, que é apenas uma de suas causas. Uma concentração pode prejudicar a concorrência simplesmente por eliminar a concorrência entre as partes, permitindo que a empresa

---

[133] "Jusqu'à la loi LME ... le Conseil de la Concurrance jouait um rôle subsidiaire em matière de concentrations puisq'il ne disposait que d'une compétence consultative, em phase du contrôle, et il était d'ailleurs rarement consulté. Il acquuiert désormais une pleine compétence décisionnele... Le transfert à l'Autotité de concurrence du contrôle des concentrations ne pouvait aller sans certain contrepoids en faveur du pouvoir exécutif. (...) Um tel droit de regard existe d'ailleurs, sous diverses formes, dans de nombreux pays de l'Union Européenne et s'1explique par la necessité de prendre em compte des motifs d'intérêt général dans le cas de concentrations stratégiques". SELINSKY, Véronique, "**l'Autorité dee concurrence 'unique': une reforme à parfaire**", Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2008, nº 17 p. 96.
"Le passage du Conseil de la concurrance à la future 'Autorité de concurrence' marque une étape cruciale vers la 'technicisation' de la politique de la concurrance em France". DESCHAMP, Marc. **Instauration de l'autorité de concurrance**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2008, nº 17 p. 205.
"...le Conseil deviendra ...l'Autorité chargée de se prononcer, em toute indépendance sur l'ensemble des projets de concentrations économiques – au lieu de se limiter à donner un avis au ministre chargé de l'Économie lorsque celui-ci a décidé de lancer une phase d'examen approfondi. La France rejoint donc la grande famille européenne, dont la 'bonne pratique' consiste à confier le contrôlee des concentrations à une autorité administrative indépendante spécialisée em matiére de concurrence". LASSERE, Bruno. **Vers um contrôle indépendante des concentrations économiques**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2008, nº 17, p. 102.

concentrada com o objetivo de maximizar seus lucros, aumente os preços ou diminua o volume ou a qualidade dos produtos.

Aplica-se ao direito das concentrações os princípios gerais constantes da definição de mercado relevante, inobstante, especificidades sejam agregadas, por tal análise ser prospectiva. Antes da adoção da lei NRE (2001), o mercado precisava ser definido para propiciar a verificação da ultrapassagem ou não do limiar de quota de mercado fixado pela lei. A partir do advento dessa lei, a definição de mercado vem sendo levada a cabo, unicamente, no momento de se verificar o prejuízo à concorrência. Além de ter havido simplificação, evitou-se a utilização de duas definições de mercado distintas em um mesmo caso: a primeira para verificar se o limiar foi ultrapassado e a outra para apreciar a existência ou não de prejuízo à concorrência. É frequente, a Autoridade da Concorrência utilizar métodos econométricos para definir o mercado; sendo mais usado o teste de monopólio hipotético: *Small but Significant Non-transitory Increase of Price* – SSNIP. No mais das vezes, contudo, a delimitação das duas dimensões do mercado, material e geográfica, se faz com base no comportamento dos requerentes e, secundariamente, dos ofertantes. Verificar-se-á a substituibilidade, quer por informação quantitativas – estatísticas ou análises econométricas), quer por informações qualitativas – observação da vida econômica.

O mercado nacional é, em princípio, o mercado geográfico em que se verifica a posição das empresas interessadas em dada concentração. Em razão do direito da dominação (artigo L.430-6 do Código de Comércio) pode ser também uma parte substancial desse mercado. Embora a posição dominante não seja aventada pela lei com relação às concentrações, ela pode ser constatada em mercado infranacional: regional ou mesmo local. Isso em razão de o direito da dominação abrigar tal hipótese. Não raramente, as autoridades ultrapassam a barreira nacional, para enfocar o mercado europeu ou global. Normalmente, a homogeneidade das condições concorrenciais caracteriza o mercado geográfico de referência, permitindo diferenciá-lo das condições das zonas geográficas contíguas. Regulamentações técnicas ou administrativas, custo de transporte, hábitos de consumo etc. podem influir na definição de mercado geográfico.

Em razão dos efeitos não coordenados, consequências de concentrações horizontais ou não-horizontais, uma mesma operação pode pertencer a duas categorias, Concentrações horizontais ou não horizontais são suscetíveis de causar efeitos não-

coordenados; sendo que, conforme suas particularidades, uma única operação pode ter consequência simultânea das duas categorias.

Entende-se por concentrações horizontais as operações feitas, no mesmo mercado, por concorrentes atuais ou potenciais, que prejudicam a concorrência, na medida em possibilitam às empresas diminuir a quantidade de produtos, gerando, consequentemente, o aumento dos preços. Tais concentrações, via de regra, somente são autorizadas, se forem assumidas obrigações compromissos limitativas de sua influência sobre os preços ou sobre do acesso ao mercado em causa.

As implicações da operação de concentração sobre as empresas são verificadas pelas autoridades: efeitos unilaterais derivados do exercício do poder de monopólio; aquisição ou consolidação de posição dominante, em razão do acréscimo de quotas de mercado. Não há um limiar, cuja superação seja tida, de per si, como sendo anticoncorrencial, tudo depende das circunstâncias, de como mercado é regulamentado e das barreiras significativas para a entrada.

Critério essencial para analisar os efeitos não coordenados de uma concentração é a natureza da concorrência efetuada sobre o mercado em questão. Aspectos verificados pelas autoridades: proximidade das ofertas das partes; se a concentração elimina concorrente ou cria desproporção significativa; efeito de grupo, quando diferentes empresas compõem um mesmo grupo econômico; capacidade e interesse dos concorrentes para reagir à nova situação; avanço tecnológico; investimentos de capacidade ou de publicidade; poderio financeiro ou comercial etc.

Há concentração vertical, quando dada operação diz respeito a operadores situados em diferentes níveis da cadeia de produção. Quando operadores de diferentes níveis, da mesma cadeia de produção, entabulam uma operação, há concentração vertical. Como exemplo, cite-se a aquisição de um fornecedor ou de um distribuidor, que suprima fonte de abastecimento ou mercado ou crie dependência. Têm-se que as concentrações verticais sejam, por natureza, menos prejudiciais que as horizontais, por não eliminarem a concorrência entre as partes, além de poderem gerar ganhos de eficácia. Contudo, elas dificultam o acesso dos concorrentes ao mercado da nova entidade[134]

[134] "La concentration horizontale intervient entre entreprises qui opèrent au même stade économique. Elle diminue le nombre d'entreprises présentes sur um marche et accroit la part de marché de la nouvelle entité issue de l'opération de concentrration. Le risuqe d'atteinte à la concurrence est plus grand dans les marchés concentrés..." MALAURIE-VIGNAL, Marie. **Droit de la concurrence interne et européen**. (Capítulo 3º

Embora a concentração vertical não restrinja o mercado de potenciais clientes, ela pode causar recusa de venda a um entrante ou a recusa de compra e de distribuição de produtos de fabricantes independentes. Cabe à Autoridade da Concorrência averiguar se a nova entidade possui capacidade de bloqueio de mercado, se ela pode ser levada a fazê-lo e se a estratégia de bloqueio possui ou não efeito restritivo nos mercados em questão. Entre outros a serem observados figura, a capacidade de reação dos concorrentes e a existência ou não de barreiras à entrada[135].

Se a nova entidade aumentar ou reforçar sua presença sobre mercado conexo, não situado nem a jusante, nem a montante, tratar-se-á de concentração de conglomerados.

São aspectos positivos dessa espécie de concentração: favorecer a reunião ou a extensão de gamas de produtos ou do portfólio de marcas; sinergias pró-concorrenciais, resultantes do reagrupamento, e de baixos custos, possibilitando preços finais menores. Por seu turno, será aspecto negativo a exploração de sua posição, forçando vendas casadas, que reduzem a pressão concorrencial[136].

Com relação às condições de exoneração de operação de concentração, o sistema de controle francês, desde a lei LME, repartiu os poderes entre o ministro da Economia e a Autoridade de Concentração. Cabe a esta apreciar a concentração, aplicando as regras da concorrência; enquanto é competência do Ministro avaliar a operação do prisma do interesse geral[137]. Assim, poderá a Autoridade de Concorrência elaborar uma doutrina estável, independente das inquietações da política econômica. As referências ao progresso social desaparecem dos artigos L.430-6 e L.430-7. Aquele fala somente no progresso econômico; enquanto este se refere a medidas para "garantir uma

---

- Le contrôle des concentrations en droit interne et européen), 6ª edição, Sirey, Paris. p. 310. Ver também p. 323/325.

[135] "Concentration verticale ... a lieu entre entreprises non situés au même stade économique. Elle peut limiter l'accès des concurrentes à um marché ou une source d'approvisionnement. Il en est ainsi, par exemple, la concentration entre un fabricant et un distributeur – les concurrents du fournisseur risquent d'avoir des difficultés à distribuert leurs produits ..." MALAURIE-VIGNAL, Marie. **Droit de la concurrence interne et européen**. (Capítulo 3º - Le contrôle des concentrations en droit interne et européen), 6ª edição, Sirey, Paris. p. 310. Ver também p. 325

[136] A concentração conglomeral "a lieu entre entreprises non concurrentes qui ne sont pas présentes ni sur les mêmes marchés, ni sur les marchés amont ou aval. Elle permet à une nouvelle entité d'accroitre la gamme de ses produits ... ce qui conduit à um accroissement de son pouvoir de marché" MALAURIE-VIGNAL, Marie. **Droit de la concurrence interne et européen**. (Capítulo 3º - Le contrôle des concentrations en droit interne et européen), 6ª edição, Sirey, Paris. p. 311. Ver também p. 325.

[137] "Il est extrêmement difficile de définir l'intérêt général dans une loi et il n'est pas illogique que le ministre, em tant que garant de l'intérêr général, puisse s'adapter au contexte économique et social." Bure, Frédéric e Girgenson, Ianis, "**Le pouvoir d'untervention du ministre de l'Économie em matière de contrôle des concentrations**", Revue Lamy de la Concurrance, janeiro/março de 2009, nº 18, p. 108.

concorrência suficiente" ou em preceitos "que possam dar ao progresso econômico uma contribuição suficiente para compensar os prejuízos à concorrência.

A prática da Autoridade de Concorrência transpôs o balanço econômico constante do artigo L.420-4, I, 2º para o direito de concentração. Tal sucedeu, pois ela verificou se o progresso alegado (artigo L.430-6 do Código de Comércio) era veraz, se significava progresso econômico para a coletividade e não unicamente vantagem para as empresas em detrimento de seus concorrentes ou de seus cocontratantes e se a magnitude do progresso econômico era suficiente para compensar os prejuízos potenciais à concorrência.

A contribuição ao progresso econômico, segundo as decisões da Autoridade de Concorrência tem significado: possibilidade de lançar produtos novos; aprimoramento da produção, da qualidade e dos serviços; incremento da competitividade internacional, preservação de fonte abastecimento no país; ou proteção do meio ambiente. Os ganhos de eficácia baseiam-se nos efeitos positivos de eficácia econômica, trazidos por uma concentração, que podem ser suficientes para compensar seus efeitos anticoncorrenciais.

O conjunto de sinergias que a nova entidade poderá conseguir, uma vez feita a operação representam os ganhos de eficácia. Três são as condições cumulativas indispensáveis para que possam ser considerados: serem quantificáveis e comprováveis, além de benéficos para a sociedade e para o consumidor. Melhora de produtividade, ganhos de custo são exemplos de ganhos de eficácia quantitativos; enquanto que incremento de qualidade, difusão de novos produtos e aumento da competitividade internacional das partes, o são de ganhos qualitativos.

Fundamentado em "motivos de interesse geral outros que a manutenção da concorrência, o ministro da Economia, por força do artigo L.430-7-1 do Código de Comércio, possui competência para autorizar concentração proibida pela Autoridade da Concorrência; bem como para impedir concentração que essa Autoridade tenha aprovado[138]. Nesse ponto, a França difere do modelo utilizado pela maioria dos países europeus.

---

[138] La solution (avocação pelo ministro) marque donc une innovation par rapport au droit communautaire, dont les disposition n'ont pas été interprétés à ce jour comme permettant d'invoquer um intérêt général extra-concurrentiel."
(...)
"Quant aux 'motifs d'intérêt général' proprement dit, l'interrogation est plus forte encore car le texte ne donne aucune indication à cet égard; en outre, ne fauda-t-il pas envisager de coordonner l'intervention du minitre avec des attributions confiées à l'État au titre d'autres types de régulations (Código monetário ou financeiro). On peut donc d'ores et déjà prévoir que la jurisprudence aura forta à faire..." BAZEX, Michel

Para a preservação da concorrência no mercado face à criação de uma nova entidade, as medidas estruturais revelam eficácia. São elas: cessão de ativos ou de participação, cessão de contratos, cessão ou abandono de marcas, cessão de direitos de propriedade intelectual, criação de rede de distribuição.

O artigo L.430-3 que determinou notificação obrigatória prévia, bem como a suspensão da operação até ser autorizada, tornou possível as medidas estruturais, difíceis antes da entrada em vigor da Lei NRE (2001). As obrigações de natureza comportamentais são determinadas quando não é possível a cessão de ativos ou quando os problemas concorrências derivem de causas não estruturais. São muitas possíveis obrigações comportamentais: limitação de parte de mercado ou de contigente, planejamento de relações tarifárias, acesso à infraestrutura e a mercado, renúncia à exclusividade; renúncia a certos clientes e atividades, obrigação de conceder licenças de marcas, proibição de comunicar certas informações, limitação da política comercial, não-discriminação, proibição de regra comum, manutenção da distribuição e terminação antecipada de contrato de longa duração.

É administrativa a natureza jurídica do procedimento de controle das operações de concentração[139]. Dois são os atores desse controle: a Autoridade de Concorrência e o ministro da Economia. A Lei LME ao transferir àquela os poderes anteriormente detidos pelo ministro da Economia, a fez senhora do procedimento; procedimento esse que, dependendo da complexidade da questão pode ter duas velocidades. Restou ao ministro da Economia uma competência residual: o poder de avocação, descrito no artigo L.430-7-1 do Código de Comércio.

A notificação da operação à autoridade da Concorrência é obrigatória, devendo ser feita previamente à sua implantação (artigo L.430-3 do Código de Comércio). O momento da notificação consubstancia-se no momento em que as partes estiverem aptas a apresentar um projeto suficientemente acabado, que permita a instrução de um procedimento (*dossier*); ou seja quando concluído acordo de princípio, assinada carta de intenção ou anunciada oferta pública. A notificação, cujo conteúdo foi

---

e Blazy, Sophie. **Les dispositions de la LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises: quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration?.** Contrats Concurrence Consommation, nº 11, novembro de 2008, dossier 7, p.5.

[139] Malaurie-Vignal antes de fazer suas considerações sobre o procedimento francês de concentração afirma que: "La procédure est trés similaire a celle du drort européen", o que comprova a coordenação progressiva entre o direito comunitário e o direito nacional do Estado-Membro, no caso a França. Malaurie-Vignal, MARIE, **Droit de la concurrence interne et européen**. (Capítulo 3º - Le contrôle des concentrations en droit interne et européen), 6ª edição, Sirey, Paris, p. 1/29.

estabelecido pelo decreto de aplicação, deve ser feita pelos adquirentes; sendo tarefa conjunta no caso de fusão ou de criação de empresa comum. A Autoridade da Concorrência, ao receber a notificação, envia um exemplar do procedimento ao ministro da Economia e a publica em um comunicado.

Há a possibilidade de pré-notificar, informalmente, por meio de formulário em que se descreve a operação, as empresas partes, bem como os respectivos mercados, produtos e serviços. Por meio da pré-notificação, cujo caráter é facultativo e confidencial, pode-se verificar a necessidade da notificação, a aceitabilidade do projeto, além de precisar seu conteúdo.

A implementação de concentração, sem que tenha havido notificação prévia, acarreta duas consequências: (i) a Autoridade da Concorrência pode determinar que as partes notifiquem, sob pena de voltar ao estado anterior (artigo L. 430-8 do Código de Comércio). A pena não poderá ser maior que 5% do faturamento, diário médio, por dia de atraso (artigos L.464-2, L.430-5 e L.430-7); (ii) multa de até 5% do faturamento em território francês, do exercício anterior, deduzidos os impostos. Omissão e declaração inexata estão sujeitas à multa nos mesmos termos.

Consoante o direito francês e o europeu, o dossier de notificação deve conter o seguinte: descrição da operação, apresentação das empresas e grupos, descrição sumária de cada mercado envolvido, descrição detalhada dos mercados afetados e declaração de exatidão e de completude. Na prática, entretanto, pela dificuldade em seguir a ordem preconizada, passou-se a submeter nota de apresentação sintética das empresas partícipes, mercados envolvidos e efeitos projetados sobre a concorrência.

Deve haver transparência relativamente à notificação de operação de concentração, com relação ao ministro da Economia, aos assalariados da empresa e a terceiros. Para tanto, a Autoridade da Concentração remete um exemplar do dossiê (artigo L..430-3 do Código de Comércio); o "comitê de empresa" deve ser notificado (artigo L.2323-20, alínea 1, do Código do Trabalho; deve haver um comunicado público (artigo L.430-3, alínea 3, do Código de Comércio).

A partir da notificação completa, a operação fica suspensa pelo período de vinte e cinco dias úteis. Sua implementação somente será possível após autorização da Autoridade da Concorrência; e caso tenha havido avocação, do Ministro da Economia (artigo L.430-4 do Código de Comércio). Caso as partes tenham acordado medidas remediais aos efeitos prejudiciais da operação, tal período terminará quinze dias depois

do recebimento de tal acordo. O desrespeito da suspensão é sancionado por multa de até 5% do faturamento francês líquido, do último exercício.

O exame por parte da Autoridade, comporta duas fases. A primeira[140] serve para recolher informações dos terceiros interessados com vistas a melhor analisar os elementos constantes do dossiê de notificação. A Autoridade da Concorrência em recebendo a notificação: (i) publica em seu sítio da internet, os respectivos dados principais; (ii) realiza, se necessário, teste de mercado; e, na inexistência de dificuldades, pronuncia-se no já referido prazo de vinte e cinco dias (artigo L. 430-5 do Código de Comércio). Durante tal prazo, a qualquer momento, as partes podem submeter acordos remediais, caso em que ocorrerá prorrogação de quinze dias úteis do prazo, a contar do recebimento dos acordos pela Autoridade da Concorrência. Prazo idêntico é concedido, caso as partes o necessitem para finalizar os acordos em questão. Terminado o exame prévio, a Autoridade pode, por decisão motivada: (i) concluir que a operação notificada não está sujeita a controle; e (ii) autorizar a operação, sujeita ou não à realização de acordos remediais. A operação é tida como tacitamente aprovada, findo o prazo.

Caso nos períodos acima, a Autoridade da Concorrência nada decida, ela deve informar o Ministro da Economia. Terminado o prazo dado ao ministro para requerer à Autoridade da Concorrência exame aprofundado da operação, está é tida como tacitamente aprovada.

Se a Autoridade da Concorrência estimar que subsiste dúvida quanto ao prejuízo à concorrência, poderá passar a exame aprofundado da operação (artigo L.430-5 do Código de Comércio). Tal exame deve ser feito em sessenta e cinco dias, contados de sua abertura. Aprecia-se nessa fase o seguinte: existência de prejuízo à concorrência por criação ou reforço, quer de posição dominante; quer de poder de compra, suscetível de colocar os fornecedores em posição de dependência; contribuição ao progresso econômico[141].

---

[140] "Au stade de décision, la LME préserve l'équilibre entre les phases I, qui pourront toujours faire l'objet d'une décision individuelle, et les phases II, qui demeureront du resort d'une formation collégiale. Mais ce partage ne doit pas êtré appréhendé de façon formaliste! Le fonctionnemet de la maison – qui est une autorité administrative indépendante et non pas une juridiction, comme rappele d'ailleurs la loi – permettra de partage les diagnostics en phase I aussi bien qu'em phase II." LASSERE, Bruno. **Vers um contrôle indépendante des concentrations économiques**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2008, nº 17, p. 103.

[141] Embora a reforma feita por meio da lei LME tenha sido extensa, o mais emblemático foi o levado a cabo com relação ao controle de concentrações. Para aproximar a França do modelo internacional da OCDE, já praticado por numerosos Estados-Membros da União Europeia, realizou uma repartição mais elaborada

3.5. Jurisprudência francesa sobre concentração de empresas: casos relevantes.

I. Conselho de Estado, 9 de abril de 1999. Société The Coca Cola Company, requerimento nº 201853 (decisão atacada: portaria de 1º de setembro de 1998).

Desde 1981, a sociedade Pernod-Ricard tem os direitos relativos à marca Orangina e, desde 1984, ela possui todos os ativos industriais e comerciais que a possibilitam produzir e distribuir a bebida Orangina.

No contexto de multiplicação das operações de concentrações no conjunto de setores econômicos, Pernod-Ricard desejava reforçar o centro de seus negócios: as bebidas alcoólicas. Para conseguir os ativos necessários a tal reforço, a companhia necessitava vender ativos, entre os quais a Orangina. Concluiu, então, um contrato de venda com a sociedade The Coca Cola Company, com cláusula suspensiva, subordinando a realização do contrato à autorização das autoridades francesas de concorrência.

---

entre a autoridade especializada e independente da regulação concorrencial e o poder executivo, como garantidor do interesse geral. Criou um guiché único encarregado do controle de concentrações e, ao mesmo tempo, estabeleceu um dispositivo possibilitando intervenção em caso de concentração estratégica.

Foi preservado o equilíbrio, existente anteriormente, entre a fase 1 e a 2. O presidente pode decidir, sozinho, em exame rápido, os casos em que a operação não suscite problema concorrencial. Por seu turno, Las operações que apresentem questões continuam suscetíveis de passar para a fase 2, presidida por colégio decisório. O ministro encarregado da Economia dispõe da faculdade de abrir a fase 2, em face da decisão autorizatória de uma operação de concentração feita pela Autoridade, no final da primeira fase.

A fase dois foi reestruturada, tendo as empresas uma única possibilidade para convencer a Autoridade acerca do projeto de concentração e eventuais remédios sugeridos. Esse ganho de ficácia permitiu a diminuição do prazo a começar da fase 2, de quatro meses, para 65 dias úteis.

Ademais, o tratamento do caso tornou-se mais homogêneo e mais coerente. Primeiramente porque, os elementos de apreciação exterior à análise concorrencial passaram para momento eventual de o ministro decidir verificar o interesse geral. Em segundo, embora mantida a verificação, a referência ao progresso social passou a ter o significado de ganhos de eficácia. Por seu turno, a integração das equipes no âmbito de uma única autoridade trará ganhos procedimentais. A mera existência de problemas de concorrência, não implica na passagem para exame aprofundado, fase 2, pois a proposição de compromissos (engagements) continua possível desde a primeira fase.

O espaço estratégico-político mantém-se na forma de faculdade de avocação ministerial. Ao invés de refazer o balanço econômico realizado, para nele inserir considerações de interesse geral, a lei LME possibilita avocar a operação de concentração e decidi-lo com base em motivos de interesse geral alheios à concorrência. Tal não se tornará uma fase 3, pois, o dispositivo de interesse geral pode ter dois sentidos: (i) uma operação proibida pela Autoridade por atentado irremediável à concorrência, poderá ser autorizada pelo ministro, por interesse de proteger o emprego. Uma operação permitida pela Autoridade, com compromissos, mas de fato sem condições, poderá ser proibida por contrariar os interesses do país.

O fato de submeter o controle de concentrações e as práticas anticoncorrenciais à mesma autoridade permitirá maior coerência no controle de estruturas e nos comportamentos, ou seja, unidade de raciocínio, de análise dos problemas concorrenciais, bem como na fixação de remédios. Laserre, Bruno, "La transformation du Conseil de la concurrence em Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace"

Efetivamente, consoante os artigos 28 a 44 da O*rdonnance* de 1º de dezembro de 1986, essas autoridades podem determinar às empresas a renúncia ou a modificação de um projeto de concentração.

Conforme o artigo 38 da O*rdonnance* de 1º de dezembro de 1986, The Coca Cola Company notificou o ministro encarregado da economia acerca de seu projeto de aquisição da totalidade dos ativos industriais relacionados às bebidas da marca Orangina, bem como dos direitos de propriedade intelectual e comerciais a ela ligados. Depois do parecer do Conselho de Concorrência, previsto no artigo 42 da *Ordonnance* de 1º de dezembro de 1968, o ministro encarregado na economia e o da agricultura, por portaria de 17 de setembro de 1998, determinaram às partes renunciar a seu projeto de cessão, em razão de prejuízo de monta à concorrência.

A sociedade The Coca Cola Company recorreu ao Conselho de Estado, requerendo anulação da portaria ministerial.

Em 9 de abril de 1999, o Conselho de Estado validou a decisão dos ministros da economia e da agricultura, com base em rigorosa análise econômica. Os juízes, primeiramente, examinaram o mercado relevante fixado pelos ministros, com o intuito de avaliar os efeitos da operação de concentração. Em seguida, pronunciaram-se sobre a recusa dos mesmos às propostas de compromissos formuladas pela sociedade requerente.

Antes de se examinar a probabilidade de o projeto de concentração favorecer situação de monopólio, importa verificar como foi determinado o mercado relevante. Veja-se, inicialmente, como o mercado relevante foi determinado, antes de se examinar a probabilidade de o projeto de concentração favorecer situação de monopólio.

Para determinar a parte do mercado detido pelas empresas partícipes na operação de concentração, os juízes preocuparam-se, inicialmente, em delimitar o mercado, por meio de estudos de produtos permutáveis.

A seguir, os ministros consideraram que, no âmbito das bebidas refrescantes sem álcool, as águas engarrafadas, as bebidas gasosas e as “colas” são, praticamente, substituíveis por outras bebidas. Com efeito, os hábitos de consumo e os dados relativos aos preços ou à imagem dos produtos devem permitir a manutenção de um mercado de bebidas gasosas sem álcool além das “colas”; e de um mercado de “colas”. Os consumidores são altamente influenciados pela ação dos produtores, que procuram desenvolver as especificidades de seus produtos para aumentar a fidelidade dos compradores. Assim, as possibilidades de substituição são bastante reduzidas entre as “colas” e as bebidas gasosas não “colas”.

Os ministros, por outro lado, distinguiram dois circuitos de distribuição: o da distribuição alimentar e da distribuição para consumo em restaurante fora de casa. É verdade que este último oferece importante possibilidade, pois um único fornecedor pode oferecer uma gama completa de produtos dirigidas a diferentes segmentos da clientela. Por exemplo, a oferta pode compreender uma bebida com gosto de cola, uma bebida gasosa com sabor laranja, uma outra com gosto de limão e uma tônica. O fornecedor dispõe assim de uma maior vantagem concorrencial. Inversamente, no setor da distribuição alimentar, os estabelecimentos procuram apresentar oferta exaustiva – notadamente graças ao grande nível de estoque. Entretanto, os hábitos de consumo adquiridos no primeiro mercado influem sobre o segundo: os consumidores privilegiam em suas compras no setor de distribuição alimentar os produtos consumidos habitualmente fora de casa. Tal demanda é favorecida pelas ofertas promocionais no setor da distribuição alimentar.

Dessa forma, o projeto de concentração poderia oferecer a The Coca Cola Company uma situação de monopólio.

Em 1996, último ano em que os dados estavam, à época, disponíveis, a sociedade The Coca Cola Company e a Companhia Financeira de Produtos Orangina e suas filiais detinham mais do que 25% do mercado de bebidas gasosas sem álcool "não colas", destinadas ao consumo fora de casa. Elas superavam, dessa forma o limiar acima do qual os projetos de concentração devem ser controlados pelos ministros competentes (artigo 38 da O*rdonnance* de 1º de dezembro de 1986).

A França conhecia ademais uma situação de duopólio: o grupo Coca Cola dispunha de seu produto epônimo, assim que da Fanta e da Sprite, enquanto que a sociedade Pepsi-Cola oferecia igualmente seu produto epônimo e a Seven-up, além da Orangina, graças a um acordo de distribuição. O mercado, portanto, está visivelmente desequilibrado em favor da Coca-Cola e a perda para a Pepsi-Cola da Orangina implicaria em seu quase obrigatório desaparecimento do setor de consumo fora de casa. É importante realçar a estratégia da Coca-Cola que deseja adquirir um produto altamente substituível a um outros que já lhe pertence (Fanta). Pepsi-Cola não poderia dispor de uma oferta completa de produtos dotados de notoriedade suficiente, podendo constituir-se em alternativa à oferta da Coca-Cola. Em outras palavras, o grupo Coca-Cola seria beneficiado no mercado de bebidas gasosas sem álcool "fora cola, fora de casa", de um efeito de portfólio, podendo gerar uma situação anticoncorrencial.

O Conselho de Estado, dessa forma, validou a análise dos ministros que estimaram que face às barreiras de acesso a esse setor, é indispensável para poder a ele aceder ou nele se manter, que um produtor pudesse propor aos compradores uma seleção de bebidas gasosas sem álcool complementares, compreendendo no mínimo uma "cola", uma bebida gasosa com sabor laranja e uma bebida gasosa clara. Tal análise ministerial funda-se sobre o efeito de gama ou de portfólio, para a determinação do mercado relevante.

Assim fazendo, os juízes administrativos demonstraram como a questão concorrencial exige análises jurídicas e econômicas complementares. Mais ainda, como disse o comissário do governo "o mercado relevante é uma noção objetiva que se impõe aos atores econômicos e à autoridade da concorrência, que não dispõe de margem de manobra para escolher um mercado relevante em detrimento de outro". Segundo o comissário do governo, se a noção de efeito de portfólio "não se constitui em noção jurídica consagrada pela lei ou pelo regulamento, ela (...), ao menos, deve ser considerada ferramenta adequada para análise".

Após a portaria ministerial determinando a renúncia a seu projeto de aquisição, a sociedade The Coca Cola Company o emendou. De acordo com o permitido pelo artigo 40 da *Ordonnance* de 1º de dezembro de 1986, ela propôs a assunção de compromissos destinados a compensar os efeitos anticoncorrenciais apontados pelos ministros. O principal compromisso proposto pela sociedade requerente foi a outorga a terceiros independentes, por cinco anos, de licença exclusiva de venda e de distribuição dos produtos Orangina, relativamente a parte do mercado "fora de casa". O Conselho de Estado julgou que os ministros competentes haviam feito uma justa apreciação ao considerarem os compromissos como insuficientes, principalmente devido à duração demasiadamente curta da licença pretendida e de sua amplitude bastante limitada.

The Coca Cola Company requereu que os ministros definissem as medidas adequadas e proporcionais, para que o projeto de concentração pudesse ser autorizado, pois uma simples recusa seria ilegal. Em resposta, os ministros disseram caber à requerente, a formulação de novas proposições, que pudessem corresponder às expectativas ministeriais. Já que a formulação por eles mesmos, significaria detrimento à liberdade de comércio e de indústria.

O Conselho de Estado considerou que devido à natureza e à importância dos efeitos anticoncorrenciais do projeto de concentração; bem como à dificuldade correlativa de determinar as medidas adequadas para compensar, a decisão tomada pelos ministros

de se opor, pura e simplesmente, à operação projetada não podia ser considerada como tendo causado prejuízo excessivo à liberdade de comércio e de indústria[142].

II. Conselho de Estado, 23 de dezembro de 2010, *Société Mr Bricolage et Société Bric'Oléron*, requerimento n° 337533 (decisão atacada: Autoridade da Concorrência, decisão 10-DCC-01 de 12 de janeiro de 2010).

A Portaria do Conselho de Estado, de 23 de dezembro de 2010, oferece a ocasião de compreender melhor as modalidades de apreciação do poder de mercado, no quadro de um grupo de distribuição. Com efeito, os juízes do Conselho de Estado devem determinar se a Autoridade da Concorrência cometeu excesso de poder ao autorizar uma concentração econômica, caracterizada por uma tomada de controle exclusivo, sob a condição de realização de oito compromissos por parte da nova entidade.

Essa decisão é relacionada ao setor de venda de artigos de bricolagem, em que a grande distribuição se divide 71% do mercado entre quatro operadores: Kingfisher com 29% do mercado, por meio de suas marcas Castorama et Brico Dépôt, Leroy Merlin 25 %, Bricomarché 10 % e Mr Bricolage 10 %. Em 2009, a sociedade Mr Bricolage adquiriu a sociedade Passerelle**.** Esta última, dispõe de uma rede de lojas de franquia, denominada "Les Briconautes" e representa 1,87% de vendas. Essa operação de concentração é notificada à Autoridade da Concorrência, que identifica dois mercados relevantes. O mercado, a montante, de abastecimento, em que não constata problema de concorrência e o mercado, a jusante, de distribuição. Com relação a este último mercado, caracterizado pela segmentação, ela define o mercado relevante, como sendo o das grandes extenções de bricolagem, superiores a 300m². Ao mesmo tempo, a Autoridade identifica oitenta e sete zonas de captação.

Para a Autoridade da Concorrência, a tomada de controle da sociedade Passerelle reforçaria, significativamente, o poder de mercado da Mr Bricolage, em oito zonas de captação, em que as lojas da nova entidade deteriam mais que 50% do mercado,

---

[142] Jurisprudence (Conseil d'État, câmara, 9 de abril de 1999) nº 2018530, Dalloz, 6 páginas
BAZEX, Michel e THIRY, Bernard. **Interdiction faite à Coca-Cola de racheter Orangina**. AJDA, Dalloz, 999 p. 611.
Jurisprudence (Conseil d'État, câmara, 6 de outubro de 2000) nº 216645), Dalloz.
TOUVET, Laurent. **Le contrôle des concentrations par le Conseil d'État**. Revue Française de Droit Administrative (RFDA) Dalloz, 20011', p. 409.

em consequência da operação, sem que os atuais concorrentes pudessem exercer pressão suficiente para assegurar a manutenção de concorrência eficaz. Por essa razão, a Autoridade, em sua decisão de 12 de janeiro de 2010, autorizou a concentração, desde que oito compromissos fossem observados – um por zona de captação. Em sete zonas, Mr Bricolage seria obrigado, a não renovar os contratos concluídos com alguns participantes. A sociedade anônima Bric'Oléron, que explora uma loja com o nome « Les Briconautes », faz parte da franquia cujo contrato não seria renovado.

O Conselho de Estado recebeu dois recursos, alegando excesso de poder, contra a decisão da Autoridade da Concorrência. Um por parte da sociedade Mr Bricolage e outro, da sociedade anônima S.A Bric'Oléron. Neles são levantados dois problemas jurídicos.

O primeiro, duplo, sobre a admissibilidade: uma empresa beneficiária de uma autorização de concentração sob condição de observar compromissos, pode demandar anulação da decisão? Uma empresa alheia à concentração, que sofre as consequências dos compromissos, pode requerer a anulação da decisão, que autoriza a concentração?

O segundo é o de saber se a determinação do poder de mercado de uma entidade derivada de uma concentração implica em levar em conta todas as lojas participantes da rede; ou se for o caso, as modalidades de apreciação dessa tomada em conta.

Os insignes magistrados não se pronunciaram sobre o primeiro problema, pois rejeitaram no mérito as pretensões dos requerentes. Com efeito, eles estimaram que a Autoridade da Concorrência determinou corretamente o poder de mercado, ao levar em conta todas as lojas das duas redes, por não serem suas políticas comerciais suficientemente autônomas. Tal autonomia foi comprovada pela análise concreta dos contratos das duas redes, bem como por análise prospectiva dos efeitos prováveis da operação sobre a autonomia das franquias da nova entidade.

A questão da admissibilidade não se acha respondida na portaria, muito embora tenha sido levantada, pelo relator público, que considerava os pedidos como não admissíveis. Com efeito, ele considerava, em primeiro lugar, que um requerente não poderia pleitear anulação de uma decisão que deferiu seu pedido: a sociedade Mr Bricolage não poderia contestar a decisão da Autoridade da Concorrência, na medida em que houve autorização para a concentração. Em segundo lugar, o relator público concluía que, muito embora a queixa fosse da sociedade Bric'Oleron, o problema não era derivado

da decisão da Autoridade, mas sim dos compromissos assumidos pelas partes na concentração.

Com relação a essas conclusões, cabem as seguintes indagações. Primeiramente, se os compromissos tomados pelas partes, diferem de determinações ou prescrições formuladas pela Autoridade. Na realidade, as partes sugeriram os compromissos, para possibilitar autorização rápida, ou seja, na fase 1. Entretanto, na medida que os compromissos se tornam obrigatórios para as partes, por força da tomada de decisão da Autoridade, elas se incorporam à decisão administrativa, que lhe dá força, nada tendo de contratual.

Dessa forma, a parte interessada não pode demandar anulação somente dos compromissos, sem requerer anulação da própria decisão, em razão da indivisibilidade. Daí a CJCE ter admitido interesse de agir de requerente, terceiro à concentração, em situação idêntica à da Sociedade Bric'Oleron (CJCE, 31 de março de 1998, *Kali und Salz*, aff. C-68/94 § 51).

As sociedades requerentes sustentavam que os participantes de rede de distribuição não podiam ser levados em conta para apreciar o poder de mercado da nova entidade, por não disporem de uma influência determinante sobre ela. Contestavam dessa forma a inclusão pela Autoridade da Concorrência, das lojas participantes das redes das duas sociedades; com exceção das lojas afiliadas ao grupo Passerelle, tidas como completamente autônomas.

Os recursos confundiam duas noções claramente distintas: a influência determinante e o poder de mercado.

A primeira noção é tratada pelo artigo 3º (definição da concentração) do Regulamento (CE), n° 139/2004, e pelo artigo L. 430-1 do Código de Comércio. Por força dessa definição, é necessário que a empresa disponha de verdadeiro poder de controle sobre as atividades da outra empresa. Importa, portanto, essa noção, para determinar se essa concentração está submetida ao controle das Autoridades de Concorrência

A segunda noção não figura, nem no Regulamento (CE) n° 139/2004, nem no Código de Comércio. Pelo contrário, as "linhas diretrizes sobre apreciação de concentrações horizontais" (n° 2004/C 31/03), da Comissão Europeia, definem o "aumento de poder de mercado" como "a capacidade de uma ou várias empresas de, com vantagem econômica, aumentar os preços, reduzir a produção, a escolha e a qualidade de bens ou serviços; diminuir a inovação ou exercer, de uma outra maneira, uma influência sobre os fatores da concorrência" (§ 8°). Por outro lado, "uma concentração pode entravar

de maneira significativa a concorrência efetiva sobre um mercado suprimindo importantes pressões concorrenciais sobre um ou vários vendedores, cujo poder de mercado, em consequência, foi aumentado" (§ 24). As "linhas diretrizes relativas ao controle de concentração" da Autoridade da Concorrência, publicadas em 1º de janeiro de 2010, reenviam à definição da Comissão.

Dessa forma, à medida que se dá importância à noção de influência determinante, para perquirir se a concentração está submetida ao controle da Autoridade da Concorrência, deve haver também preocupação sobre o poder de mercado, na análise dos efeitos da concentração sobre a concorrência.

Na espécie, não há dúvida quanto à concentração. A questão é a de saber se a entidade que resultará, disporá de um poder de mercado, podendo ameaçar a concorrência.

Para fazer isso, a Autoridade da Concorrência, considerou que todas as lojas afiliadas às redes, cuja autonomia era insuficiente, deviam ser levadas em conta. Seguiu, dessa maneira as "linhas diretrizes": "mesmo se a cabeça da rede não controla uma loja de um participante, (...) as vendas dessa última poderão ser agregadas para fim de análise concorrencial, em função do grau de autonomia da política comercial exercida pelos partícipes independentes da rede" (§ 594). O Conselho de Estado validou a posição da Autoridade, julgando que ela não havia cometido nenhum erro de direito.

Em seguida, os juízes do Conselho de Estado apreciaram a realidade da falta de autonomia de cada um dos quatro tipos de estatutos, fixados pela decisão atacada, como participando do poder de mercado da nova entidade. Essa apreciação fundou-se sobre um exame concreto dos diferentes contratos.

Relativamente às lojas, sob a denominação ou não, da rede Mr Bricolage, e aquelas da rede Le Club, com nome "Le Briconoutes", a Autoridade da Concorrência preocupou-se com as obrigações relacionadas com a política comercial, com as relativas à política de abastecimento, e às atinentes à saída do grupo. Por meio da verificação dessas diferentes obrigações, o Conselho de Estado considerou válidas a tomada em conta desses participantes para apreender o poder de mercado.

Relativamente às lojas sem denominação da rede Le Club, a Autoridade da Concorrência salientou uma relativa independência; tanto pela ausência de submissão à política de marca, quanto pela curta duração, de um ano, dos contratos. Entretanto, relativamente aos novos contratos de adesão, em que obrigações contratuais haviam sido modificadas, a Autoridade estimou que esses contratos haviam se tornado mais

vinculativos. Dessa forma, essas lojas deviam também ser integradas à apreciação do mercado. O Conselho de Estado validou, novamente, a decisão atacada, embora sem explicitar seu fundamento em suas motivações. Tal qual o relator público hesitou sobre esse ponto. Pode-se imaginar que os insignes magistrados interessaram-se mais com a realidade da autonomia dessas lojas, do que com a aparência do contrato[143].

III. Conselho de Estado, 23 de dezembro de 2012. *Société Groupe Canal Plus et autres*, requerimento n° 353856 e requerimento n° 362347, 363542 e 363703 (decisões atacadas: Autoridade da Concorrencia, decisões 10-D-12 de 20 de setembro de 2011 e 12-DCC-100-100, de 23 de julho de 2012).

A sociedades Groupe Canal Plus (GCP) e Vivendi Universal (VU) desejaram tomar o controle exclusivo das atividades de televisão paga de TPS e Canal SAT, para os reagrupar no seio de uma única sociedade. Para tal finalidade, GCP e VU apresentaram requerimento ao ministro encarregado da economia, que era a autoridade competente em matéria de concentrações de empresas, antes do advento da Lei n° 2008-776, de 4 de agosto de 2008, de modernização da economia (LME). Em 20 de agosto de 2006, o ministro autorizou a tomada de controle, desde que as partes cumprissem cinquenta e nove compromissos, que deviam ser efetivados, o mais tardar a 4 de abril de 2007, com duração de cinco ou seis anos.

A Lei LME, de 2008, instituiu a Autoridade da Concorrência (Autoridade), como autoridade administrativa independente. Para ela foram transferidas as antigas competências do Conselho da Concorrência, assim as relativas ao controle de operações de concentração. O ministro encarregado da economia conservou, entretanto, no que tange às concentrações, uma competência residual: a seguir à decisão da autoridade, ele pode avocar um caso e deliberar sobre ele, desde que seu fundamento seja por motivos de interesse geral e não de manutenção da concorrência.

Constatando a inexecução de dez compromissos, tomados pela CGP, a Autoridade, em 20 de setembro de 2011, retirou a autorização ministerial efetuada em 2006, e impôs sanção de trinta milhões de euros à AGPS e suas filiais. Para não voltar ao

[143] Jurisprudence (Conselho de Estado, terceira e oitava subseções reunidas, 23 de dezembro de 2010) nº 337533338594, DALLOZ, 4 páginas.
ORSONI, Gilbert. **Concentrations d'entreprises**. RTD Com., 2011, p. 323, 2 páginas.

estado anterior a 2006, em consonância com a legislação, a GPS e VU, formularam novo requerimento à Autoridade da operação da concentração. Por decisão de 23 de julho de 2012, a Autoridade permitiu a operação, desde que fossem obedecidas trinta e três determinações.

GPS e VU recorreram ao Conselho de Estado, buscando a anulação das decisões de 20 de setembro de 2011 e de 23 de julho de 2012. Os requerentes pediram também, com urgência, a suspenção de duas medidas cautelares. Além disso, as sociedades, Parabole Réunion e Numéricable, requereram separadamente, a anulação da decisão de 23 de junho de 2012.

Para se opor à decisão de retirada da autorização, as partes formularam questão prioritária de constitucionalidade (QPC), relativa à totalidade do dispositivo legislativo do controle de operações de concentração pela autoridade. Em 17 de julho de 2012, o Conselho de Estado transmitiu ao Conselho Constitucional a QPC, circunscrita às disposições concernentes às medidas que a autoridade possa tomar em caso de desrespeito à decisão inicial de autorização.

O requerimento de suspenção das medidas cautelares foi rejeitado. O Conselho Constitucional (CC) declarou as disposições referidas no QPC conforme à Constituição; enquanto que a Assembleia do Contencioso do Conselho de Estado[144] validou, por meio de duas portarias, as decisões da autoridade, modificando, unicamente, o montante das sanções pecuniárias.

Na esfera procedimental, com relação a esses duas portarias, o Conselho de Estado precisou o campo de aplicação do artigo 6º da Convenção EDH, diante da Autoridade. Se o referido Conselho afirma que "enquanto ela se pronuncia sobre uma operação de concentração que lhe foi notificada, a autoridade da concorrência (...) exerce um poder de polícia", os juízes mantêm, ao contrário, a qualificação de sanção administrativa pela retirada da autorização de concentração. O Conselho de Estado funda-se sobre a decisão do Conselho Constitucional, no sentido que as portarias relativas às medidas previstas no IV, do artigo L. 480-8 do Código de Comércio, possuíam caráter de sanção. Tal posicionamento está conforme a jurisprudência anterior do Conselho de Estado, e parecia evidente quanto à penalidade financeira.

[144] Assembleia do Contencioso é uma das composições do Conselho de Estado, que julga casos de grande importância.

Dessa maneira, o artigo 4 CEDH, não se aplica aos pedidos de autorização de uma operação de concentração, pois a autoridade não se pronuncia nem sobre a contestação relativa a obrigações de caráter civil, nem sobre o fundamento de acusação em matéria penal.

Relativamente à retirada da autorização, o Conselho de Estado devia verificar a existência da compatibilidade do princípio de imparcialidade, com o fato de a Autoridade encarregar-se de ofício, para sancionar os compromissos não cumpridos dos protagonistas da operação.

Relativamente à nova decisão de autorização, os requerentes voltaram a se referir ao caráter contraditório do procedimento. Com efeito, na discussão prévia com as partes houve a preocupação de levar em conta a proteção do segredo de negócios e a necessária celeridade do procedimento. Na espécie, depois da análise detalhada das peças do processo, o Conselho de Estado estimou que os direitos de defesa dos interessados foram levados em conta, tendo as partes tido a possibilidade de apresentar suas observações sobre todos os aspectos pertinentes.

Com relação ao mérito, os requerentes colocaram em dúvida a competência da Autoridade para sancionar o desrespeito dos compromissos, que condicionavam a autorização da concentração. De fato, a transferência da competência ministerial para a Autoridade, feita pela LME, não foi acompanhada de perfeita concordância dos textos relativos ao exercício do poder de sanção. Entretanto, o Conselho de Estado reconheceu a competência da Autoridade, pois, no caso, não o fazer, retiraria o efeito útil das disposições do Código de Comércio sobre a sucessão entre a autoridade ministerial e a autoridade independente.

Alguns requerentes contestaram a recusa de avocação por parte do ministro encarregado da economia, do novo procedimento de autorização da concentração realizada em 2006. Na sequência de um controle restrito, o Conselho de Estado considerou que, na ausência de efeitos prejudiciais da decisão da autoridade sobre a manutenção do emprego, ou sobre o interesse geral distinto da manutenção da concorrência, a falta de utilização pelo ministro de seu poder de avocação, não significou erro de direito, nem erro manifesto de apreciação.

Entretanto, o modo como os juízes formularam permite a dedução que uma recusa de avocação possa ser julgada ilegal.

Pode-se notar que o Conselho de Estado se pronuncia sobre a contestação da decisão de retirada e sobre a condenação pecuniária como juiz contencioso, na medida que essa decisão possui caráter de sanção.

No preâmbulo da decisão que retira a autorização de concentração, a autoridade indicou que a interpretação dos compromissos não devia ser literal, mas finalista, por referência a seus efeitos positivos sobre as condições de concorrência. Dessa maneira, o respeito formal de um Compromisso não exclui a constatação de uma falta. Face à contestação desse método pela GCP, o Conselho de Estado estimou que tal enunciado abstrato não se constituía em motivo da declaração contestada, suscetível de ser objeto de um controle jurisdicional. Com efeito, esta última somente pode ser aplicada aos motivos que constituem suporte necessário do dispositivo de uma decisão atacada.

Se o Conselho de Estado liga a uma "interpretação estrita dos compromissos", sua posição converge com aquelas da Autoridade, para levar em consideração a finalidade do compromisso. Assim, os juízes reconheceram oito de dez faltas identificadas pela Autoridade – notadamente falta a compromisso essencial, relativo à manutenção da qualidade geral da cadeia TPS. Duas faltas tendo sido invalidadas, o Conselho de Estado fixou a sanção pecuniária em vinte e sete milhões de euros.

Com relação à apreciação da proporcionalidade das sanções apreciadas, o Conselho de Estado distingue a sanção pecuniária da retirada de autorização. Dessa maneira, a primeira deve ser proporcional à gravidade das faltas, enquanto que a segunda deve além disso, ser proporcional às exigências da ordem pública.

O tratamento diferenciado desses dois tipos de sanção conduziu a Conselho de Estado a formular três critérios de apreciação sobre a proporcionalidade da retirada da autorização. Em primeiro lugar, a importância dos compromissos não respeitados, relativamente ao total das medidas corretivas adotadas, e os efeitos anticoncorreciais, que eles entendiam prevenir; em seguida a amplitude dos incumprimentos e, finalmente, a necessidade de assegurar a manutenção de concorrência suficiente nos mercados em questão.

Tendo analisado a gravidade dos incumprimentos e as exigências de ordem pública econômica, o Conselho de Estado confirmou, no caso, a decisão da Autoridade de retirar a autorização de concentração[145].

---

[145] Jurisprudence (Conselho de Estado, assembléia, 21 de dezembro de 2012) nº 353856, Dalloz, 14 páginas. Jurisprudence (Conselho de Estado, assembléia, 21 de dezembro de 2012) nº 362347, 363542 e 363703, Dalloz, 27 páginas.

3.6. União Europeia. Direito Concorrencial e Concentração de Empresas

Finda a Segunda Grande Guerra e buscando-se evitar novas conflagrações, a França propôs, em 1950, bases concretas para transformar a Europa em uma federação, que acabou por resultar no Mercado Comum Europeu. Essa organização internacional *sui generis* originaria, de um lado, o modelo de organização regional de integração econômica, que se espalharia pelo mundo; e de outro, o surgimento de uma nova vertente internacional do direito: o direito da integração.

O Tratado de Paris, de 8 de abril de 1951, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, objetivava, em seu âmbito, política econômica comum, regulamentação concorrencial e liberação do comércio. Os Tratados de Roma, de 25 de março de 1957, por seu turno, criaram a Comunidade Econômica Europeia, que se tornaria a Comunidade Europeia, a partir do Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992; bem como a Comunidade Europeia de Energia Atômica. Essas três organizações, embora mantendo-se autônomas, passaram, por força do Tratado de Bruxelas, de 8 de abril de 1965, a ter instituições comuns, além de prestigiar políticas econômica, concorrencial e comercial idênticas. Em 23 de julho, expirando o Tratado de Paris, de 1951, suas competências passaram a ser exercidas pela própria Comunidade Europeia. Em 1986, a Ata Única Europeia favoreceu o processo de harmonização das legislações os Estados-Membros, em benefício do mercado interior. O Tratado de Lisboa, de 1º de dezembro de 2009, alterou o Tratado de Roma, de 1957, que se tornou o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, com grandes mudanças institucionais e políticas[146].

A estrutura central da União Europeia é composta pelo Conselho, pela Corte de Justiça e pela Comissão. No Conselho, órgão competente para definir políticas e coordenar, estão representados todos os Estados-Membros: um ministro de cada Estado, com direito de voto. Do judiciário da União fazem parte a Corte de Justiça, o Tribunal de primeira instância e os tribunais especializados, com competência para interpretar e aplicar a normativa da União Europeia. Por seu turno a Comissão é formada por vinte

[146] O Tratado de Roma, de 1957, foi modificado e teve seu nome alterado, por diversas vezes, por tratados supervenientes: Ata Única (1986), Maastrich (1992), Amsterdam (1997), Nice (2001), Roma (2004) e Lisboa (2007).

membros, escolhidos em razão de suas respectivas competências. A autoridade administrativa encarregada de definir, realizar e orientar a política europeia da concorrência é a Direção Geral da Concorrência - DG IV -, subdividida em vários departamentos. Ela vela pela aplicação das regras concorrenciais, possuindo funções de instrução e decisão. Embora ela possua poderes amplos, somente é competente relativamente a práticas dirigidas ao mercado interno da União e que tenham efeito nesse território, afetando, sensivelmente, o comércio entre os Estados-Membros.

Assim, o arcabouço jurídico principal formou-se a partir da conclusão e entrada em vigor de sucessivos tratados internacionais que criaram órgãos comuns a que os Estados-membros passaram a delegar competências, de maneira progressiva e paulatina. Atualmente, as autoridades nacionais possuem grande independência na aplicação do direito europeu, em razão do princípio da subsidiariedade, por força do qual apenas as questões essenciais são tratadas a nível da comunidade.

Havia no Tratado de Roma, de 1957, regras genéricas sobre concorrência, sem referência expressa ao controle de concentrações. Seu preâmbulo menciona o "equilíbrio das trocas e à lealdade na concorrência"; enquanto seus artigos 81 e 82 (101 e 102, na numeração do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) versavam direito concorrencial. O primeiro vedava acordos anticoncorrenciais entre empresas; enquanto que o último proibia o abuso de posição dominante. No artigo 34 (40 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) e seguintes figuram regras concorrenciais e de livre circulação de mercadorias, nos mercados agrícolas.

Antes de possuir regras específicas para concentrações, estas estavam submetidas às regras gerais sobre ententes e abuso do poder econômico. O controle de concentrações foi primeiramente intentado, na prática, em 1973, com base nos artigos 81 e 82, no caso *Continental Can*[147], pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Reconheceu-se, então, com base no artigo 82, em controle *a posteriori*, que operação de concentração pode constituir abuso de posição dominante quando reforça, de maneira substancial a posição de empresa. Esse caso, juntamente com o caso BAT e Reynolds, reacendeu o interesse já demonstrado, desde 1966, pela Comissão, quando, em seu *Memorandum on the Concentration of Enterprises in the*

[147] LÉCUYER, Linda Arcelin. **Doit de la concurrence interne et européen**. (Leçon 10: Le contrôle *ex post* des concentrations économiques", Université Numérique Juridique Francophone, p. 2.

Common Market (Memorando sobre Concentração de Empresas do Mercado Comum) sugerira a existência de controle de concentração.

Em 1973, a Comissão encaminhou ao Conselho Europeu, projeto de regulamento de concentrações, que foi seguido de outros quatro, sem lograr êxito. Somente em 1989, aprovou-se o Regulamento do Conselho (CEE) nº 4064/89, primeiro regulamento europeu de controle de concentrações, que entrou em vigor em 21 de setembro do ano subsequente, consagrando a ideia de aprovação prévia pela Comissão Europeia das operações com dimensão comunitária. A razão de a União Europeia ter passado, somente em 1989. a controlar especificamente as concentrações econômicas, explica-se pelo seguinte: (i) por largo tempo, elas foram controladas pelas mesmas regras a que estavam submetidas os acordos ilícitos e o abuso de poder econômico (pela operação de concentração ou pelo grau de concentração de mercado); (ii) por ser a grande empresa vista como, potencialmente benéfica, em termos de diminuição de custos e melhor utilização tecnológica; (iii) fraca concentração do mercado, nas primeiras décadas do bloco europeu, com exceção do carvão e do aço[148]; (iv) interesse em possibilitar o crescimento das empresas europeias, antes de enfrentar o concorrência externa do bloco.

O Regulamento 4064/89 foi modificado pelo CE nº 139/2004[149], adotado em 20 de janeiro de 2004 e com vigor a partir de 1º de maio do mesmo ano, cujas principais características foram: alargar o âmbito de aplicação do controle de concentrações e as regular, efetivamente, no momento em que aumentava o número dos Estados-membros; embora inovando no referente ao critério de análise, mantem a apresentação prévia. Consoante o regulamento vigente, a existência de concentração pressupõe mudança permanente de controle que resulte: (i) na fusão de duas ou mais empresas ou parte delas; (ii) da aquisição, por uma ou várias pessoas, detentoras do controle de uma empresa, do

---

[148] Por essa razão o Tratado da Comunidade Eurtopeia do Carvão e do Aço previa a concentração, enquanto que o Tratado da Comunidade Europeia não.
NOURISSAT, Cyril, Clavière-Bonnamour. **Droit de la concurrance**. Libertés de circulation. Droit de l'Union – Droit Interne", 4ª edição, Dalloz, Paris, (data), p. 2/17.

[149]" ... uma operação será proibida se ela entravar significativamente a concorrência efetiva (*significantly impede effective competition*) no mercado comum ou em parte substancial desse mercado, propositalmente, não se quis adotar a mesma expressão usada nos Estados Unidos (substantial lessening of competition) para evitar a transposição de jurisprudência alienígena para o âmbito comunitário. Entende-se, porém, que, na prática, os dois testes têm potencialmente o mesmo grau de amplitude." MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento**: Uma contribuição jurídica para a análise de custo-benefício, Faculdade de Direito da USP, Dissertação de mestrado, 2008, s.c.p., p. 102.

controle direito ou indireto do conjunto ou de parte de outra(s) empresa(s); por participação no capital, compra de ativos, contrato ou outro meio (artigo 3º, § 1º)[150].

Para facilitar a aplicação do novo regulamento, a Comissão exarou o Regulamento (CE) Nº 802/2004, de 7 de abril de 2004 e as *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings* [151].

O controle de concentrações da União Europeia pode tomar duas formas: procedimento normal e procedimento simplificado. É necessário notificar previamente, antes da realização da operação, quando são atingidos os limiares fixados pelo artigo 1 do regulamento, sob pena de multa. Duas são as consequências da notificação: suspensão da operação no aguardo da decisão e início formal do procedimento, que deve ser célere. O procedimento normal possui duas fases. A primeira, também conhecida como exame prévio, pode estender-se, no máximo, por vinte e cinco dias. A Comissão torna público detalhes do projeto, para que os interessados possam fazer comentários. Cabe, então, â Comissão constatar que a operação não é da espécie controlável a nível europeu ou não apresenta dificuldade. Grande parte das operações notificadas termina nesta primeira fase. A segunda, ou fase de exame aprofundado, com duração prevista de noventa dias, permite à Comissão examinar a compatibilidade da operação. Vários mecanismos podem ser empregados: informação das partes; consultas; oitivas; investigações; audiências realizadas pelo conselheiro-auditor; e comitê consultivo, formado pelas autoridades competentes dos Estados-Membros. A fase II termina sem qualquer decisão por parte da Comissão, o que significa compatibilidade da operação; ou decisão explícita de compatibilidade ou de incompatibilidade. Tais decisões podem ser objetos de recurso de anulação, perante a jurisdição comunitária.

---

[150] WILHELM, Pascal e VEVER, Florent. **La notion de concentration em droit interne et communautaire**: tentative de définition", Contrats Concurrence Consommation nº 11, novembro de 2007, estudo 13, p. 1/8.

[151] Official Journal, C 31 de 5 fevereiro de 2001.

Na Europa, anteriormente ao Regulamento 139/2004, a notificação de concentração podia dar-se até sete dias depois da concretização da operação ou da oferta pública da aquisição de controle. A partir do citado diploma legal, a operação de concentração deve ser notificada antes ou após sua celebração, ficando, entretanto, suspensa sua eficácia até a provação da Comissão.

Desde julho de 2000, a Comissão passou a adotar um procedimento simplificado de controle de certas operações de concentração, com baixo volume de negócio ou baixo valor dos ativos trasferidos etc.; e cuja duração é de um mês[152].

O Regulamento 1-2003 estabeleceu uma rede de autoridades, ou seja, um regime descentralizado de aplicação das regras concorrenciais, que atribui competência paralela às autoridades nacionais de concorrência, que formam, juntamente com as autoridades comunitárias a referida rede. Pelo princípio da subsidiariedade, a aplicação das regras concorrenciais europeias cabe à autoridade "mais bem colocada para conhecer do caso", não unicamente às autoridades comunitárias. Na prática, os casos podem ser tratados, quer pela Comissão europeia; quer por uma autoridade nacional, com participação ou não de autoridades de outros Estados-Membros; quer, paralelamente, por várias autoridades nacionais etc.

As normas antitruste da União Europeia são aplicáveis tanto pelas autoridades concorrenciais nacionais, quanto pela Comissão Europeia. Ela possui competência para decidir, de maneira vinculante, a respeito de infrações e penalidades; assim como exarar notificações e diretrizes. Das decisões da Comissão, cabe apelação para a Corte Geral, cujas decisões podem ainda ser revistas pela Corte Europeia de Justiça, ambas com sede em Luxemburgo.

Com as sucessivas vagas de expansão, a União Europeia conta, atualmente, com vinte e sete membros, quase todos possuindo controle de concentrações, grandemente influenciados pelo teor das regras europeias sobre o tema[153], aliás como todos os direitos concorrenciais nacionais. A maior discrepância é o Reino Unido, cujo sistema consagra notificação voluntária[154].

---

[152] NOURISSAT, Cyril, Clavière-Bonnamour. **Droit de la concurrence**. Libertés de circulation. Droit de l'Union – Droit Interne", 4ª edição, Dalloz, Paris, p. 354/356.

[153] "La publication par l"Autorité de la concorrence (da França) de lignes directrices sur le contrôle des concentrations a confirme que la Commission (da União Europeia) et l'Autorité sont em parfait accord sur l'analyse concurrentielle à mener dans ce type d'opérations, et qu'elles accordent toutes les deux une place centrale à une analyse bas´rr sur les théories modernes de l'organization industrielle". PALOMINO, Frédéric. **Aspects économiques du contrôle des concentrations: ce que nous indiquent les lignes directrices de l"Autorité de la concurrence par rappport às l'approche communautaire**. Revue Lamy de Concurrence, 4 de agosto de 2016, p. 6.

[154] Sobre União Europeia e concentração, ver:
VOGEL, Louis. **Droit de la Concurrence Européen et Français.** Juriscience, Paris, 2011, p. 19/652.
MALAURIE-VIGNAL, Marie. **Droit de la concurrence interne et européen**. (Capítulo 3º - Le contrôle des concentrations en droit interne et européen), 6ª edição, Sirey, Paris, p. 1/29.
POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine.**Concentrations**.*in* "Répertoire du droit européen".

Exemplos de casos de concentração, julgados pela União Europeia: Europemballage Corp & Continental Can Co. Inc. v. Commission (1973), Airtours v. Commission (2002- processo T-342/990, Schneider Eletric AS v. Commission (2002 – processos T-310/01 e T – 77/02), Tetra Laval v. Commission (2002 – processos T-80/02 e T-05/02) e General Eletric/Honeywell (2001)[155].

[155] FARIA, José Ângelo Estrella. O Controle de Concentrações de Empresa Estrangeiras e a Lei nº 8.884. A Extraterritorialidade Revisitada. 2009, p. 24/25.

CAPÍTULO IV – CONCORRÊNCIA E CONCENTRAÇÃO NO MÉXICO E NO NAFTA.

4.1. **Direito da Concorrência no México**.

A Constituição Espanhola de Cadiz, de 1812, teve grande influência na Nova Espanha, e em especial no constitucionalismo do México a partir da independência desse país, em 1821. Os deputados mexicanos que participaram da elaboração da referida constituição, dentre as propostas de cunho econômico que fizeram, incluíram a supressão dos monopólios nas Américas[156].

As Bases Orgânicas, constituição elaborada por um congresso, em 1843, possuíam disposições sobre concorrência, além de proibir privilégios. A Constituição de 1857 vedou os monopólios, de maneira categórica[157], constituindo-se no antecedente mais próximo da, até hoje vigente, Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917, que, desde sua versão inicial, proibia monopólios, em seu artigo 28[158]. Várias leis regulamentaram esse artigo, a primeira delas tendo sido a Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional, tida como a primeira lei mexicana, sobre concorrência econômica, que, basicamente, combatia monopólios. A segunda lei com o mesmo nome, de 1931, definiu monopólios, *estancos* e algumas condutas anticompetitivas. A terceira lei, de 1934 notabilizou-se por tipificar condutas de particulares, suscetíveis de sanções penais.

Dois precedentes jurisprudenciais dessa época dignos de nota são: o referente à Companhia de Transmissão Elétrica do Estado Hidalgo SA.; e a União Carbide SA e Infra. O primeiro levou a Suprema Corte a declarar que toda a concessão exclusiva é monopólio proibido pela lei. No último, resolvido administrativamente, a Secretaria de

---

[156] SERNA DE LA GARZA, José Maria. **Influencia de la Constitución de Cádiz em México**. in BARCELÓ Rojas e Serna de la Garza, **Memorias del Seminário Internacional**: Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las Ideas Constitucionales de América Latina, Universidade Nacional Autônoma do México, 2013, p. 321/333.
Biblioteca Jurídica Virtual do Instituto de Pesquisas da UNAM. Disponível em:< http://biblio.juridicas.unam.mx> Acesso 20 Ago 2016.

[157] Os constituintes de 1857 tinham como responsabilidade precípua acabar com os *estancos*, monopólios de direito sobre alguns produtos, originários no período colonial.

[158] "En México se propuso uma política antimonopolio com la formulación de la Constitución de 1857, sin embargo esta visión no fue aprovechada ni llevada a la práctica por quienes tuvieram la responsabilidad de aplicar la Constitución de esse año. Mas tarde, los constitucionalistas de 1917 reiteraron la importancia de la competencia economica, pero los esfuerzos por instrumentala fueron pocos y aislados hasta princípios de la década de los noventa. (...) ...cabe mencionar que las constituciones de la región, influídas pela mexicana de 1917, han contenido tradicioinalmento articulod prohibiendo los monopolios y garantizando a la vez el derecho a la liberdad de industria y comercio". KRAKOWSKI, Michael. **Política de Competencia em Latinoamérica:** Uma Primera Apreciación. Nicaragua, Artes Gráficas, 2001, p. 54.

Comércio e Fomento Industrial – SECOFI, em sede de compra hostil de ações, multou os acionistas da Infra, por sua intenção anticompetitiva; por terem adquirido ações da Union Carbide, a preços altos com intenção monopolística.

Inobstante todo esse desenvolvimento, continuava a viger no México um sistema de monopólios públicos e de determinação de preços para uma variedade de produtos, de maneira oficial e não pelo mercado, O que tornava o combate a monopólios, praticamente, impossível. A viabilização iniciar-se-ia com a abertura do México ao exterior e o começo das negociações tendentes ao Tratado de Livre Comércio da América do Norte - NAFTA. No capítulo XV desse tratado, há o compromisso do México de adotar e implementar medidas proibitórias de práticas e negócios anticoncorrenciais, criar um grupo de trabalho sobre comércio e concorrência e consultar, periodicamente, com os demais membros.

Dentro do esforço mexicano para modernizar suas leis econômicas e assim poder fazer parte do novo bloco econômico, nada mais próprio do que a atualização de sua lei concorrencial. Aspectos relevantes da exposição de motivos do projeto que se tornaria a Ley Federal de Competencia Económica foram: abandonar o protecionismo e promover a concorrência no México; necessidade de se intervir no mercado, quando em perigo a livre concorrência; controle das concentrações como meio pragmático e preventivo para evitar a monopolização; e criação de uma comissão federal de concorrência, com autonomia técnica e competência investigatória ampla.

Nesse contexto, aprovou-se a *Ley Federal de Competencia Económica*, de 24 de dezembro de 1992[159], que instituiu a *Comisión Federal de Competencia Económica* (CFC), órgão administrativo desconcentrado da Secretaría de Comercio e Fomento Industrial, cujo *Reglamento Interior* (Regimento Interno) foi publicado em 1998. A lei de 1992 delineou os principais elementos em matéria de análise de concentração. Como, procedimentalmente, a necessidade de apresentação prévia; e, relatiamente ao fundo a

[159] "La aprobación de la Ley Federal de Compertencia Económica em Mexico em 1992 se circunscribe al proceso de creación de uma zona de libre comercio em Norteamérica. Dentro de las negociaciones com lod EE.UU. y Canadá se perfiló la necessidad de uma ley de este tipo para evitar que el proceso de integración regional fuera distorsionado por restricciones privadas de la competencia a través de prácticas comerciales anticompetitivas provenientes de empresas(o Agentes económicos de las partes". (...) ...México logró desarrollar uma mayor apertura económica y la liberalización del commercio exterior. El NAFTA, entonces actuó como um catalizador que aceleró y presionó el proceso de la aprobación de uma ley de competencia para México". KRAKOWSKI, Michael. **Política de Competencia em Latinoamérica**: Uma Primera Apreciación. Nicaragua, Artes Gráficas, 2001, p. 53.

valorização de mercado relevante e de poder de mercado, que sobreviveriam às modificações legislativas posteriores.

Dentre as várias alterações efetuadas nessa lei, as mais relevantes para a concentração, aconteceram em 2006 e 2011. Em 2006, houve: (i) o ajustamento dos limiares econômicos, a partir dos quais se tornariam obrigatórios a notificação das concentrações; (ii) as sanções administrativas foram incrementadas, tendo sido concebida a figura da desincorporação de ativos, como forma de punição aos infratores contumazes e (iii) modificações procedimentais importantes[160]. Por seu turno, em 2011, a mudança mais notória foi o estabelecimento de casos de isenção de notificação (artigo 21 bis). De 1992 a 2011, assentaram-se os fundamentos do moderno direito antitruste mexicano.

Reformas constitucionais de junho de 2013[161] alteraram o Artigo 28 da Constituição e criaram, como órgão constitucional autônomo a *Comisión Federal de Competencia Económica*, com a finalidade de garantir a livre concorrência, bem como prevenir, investigar e combater os monopólios, as práticas monopolísticas, as concentrações e outras restrições ao funcionamento eficiente do mercado. Ganhou essa comissão, se comparada à sua antecessora, em autonomia e em nível constitucional. Suas competências estão inscritas na própria Constituição Federal e na *Ley Federal de Competencia Económica*, de 10 de novembro de 2014, em vigor desde 7 de julho do mesmo ano. A respectiva regulamentação foi publicada em 10 de novembro de 2014. Dentre outras, suas competências são: determinar medidas para eliminar as barreiras à livre concorrência; regular o acesso a insumos essenciais; determinar a desincorporação de ativos, direitos, cotas sociais; autorizar ou objetar as notificações de concentração apresentadas, previamente à sua realização, pelos agentes econômicos; determinar "*la práctica de verificación*" para comprovar a existência de práticas monopolísticas; e sancionar as práticas monopolísticas com multas ou percentagem de faturamento.

Com mandato de nove anos, sete comissários, incluindo o presidente da Comissão Federal de Concorrência Econômica, escolhidos dentre especialistas na

---

[160] Ley Federal de Competencia Económica. Antecedentes Históricos. Diário Oficial da Federação, 28 de junho de 2006. web.archive.org/web/201406061190801

[161] Sobre as reformas, ver: SOLANA Senties, Enrique. **Ley de Competencia Económica**, El Cotidiano 190, março-abril de 2015, p. 63/70. Disponível em:<www. redalyc.org/pdf/325/32536845007.pdf;> Acesso 25 Ago 2016. Reforma de Competencia Económica, Governo da República do México, Biblioteca Digital Tamaulipas.gov.mx, 16 páginas; e Diego-Fernández, Mateo, Brevissima Explicación y Análisis de las Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica de México. Revista de Derecho Económico Internacional, Instituto Tecnológico Autónomo de México, vol I, nº I, novembro de 2010, p. 77/84. dei.itam.mx/ archivos

matéria, conforme o seguinte trâmite. Há, inicialmente, uma convocação pública, feita por comissão de avaliação, formada por funcionários do Banco do México, Instituto Nacional de Geografia e Estatística e Instituto Nacional para a Avaliação da Educação, que verificará o cumprimento dos requisitos e aplicará uma prova de conhecimento. Feito isso, a Comissão remeterá listagem ao Executivo Federal, em que constam os candidatos mais qualificados. Dentre esses, o Presidente escolherá um nome, a ser remetido para o Senado Federal, para ratificação, mediante voto afirmativo de, ao menos dois terços dos membros.

4.2. Legislação mexicana sobre concentração econômica.

Os seguintes diplomas conformam o marco legal do direito de concorrência do México, em que a concentração econômica ocupa parte importante[162]: (i) o artigo 28 da Constituição Política dos Estados Unidos do México; (ii) a Lei Federal de Concorrência Econômica (LFCE); (iii) a Lei de Comércio Exterior; (iv) o Regulamento Interno de la LFCE (RICFC); e (v) Manual de Organización de la Comisión Federal de Competencia (MOCFC).

A centenária e vigente Constituição Política dos Estados Unidos do México, datada de 2017, traz em seu artigo 28 o cerne da questão[163]. A tônica desse artigo e caber

---

[162] Em 1916, a Comissão de Federal de Competencia Económica publicou o "Compêndio Normativo de la Comisión Federal de Competencia Económica", com as normas relativas á concorrência, com 161 páginas.

[163] **Artículo 28.** En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la **(sic DOF 03-02-1983)** prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a ls **(sic DOF 03-02-1983)** prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Párrafo reformado DOF 11-06-2013

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos

del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.
(Parágrafo reformado, Diário Oficial da Federação, 20.08.1993; 02.03.1995 e 20.12.2013)
El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.
El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento. El Estado contará con un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, cuya Institución Fiduciaria será el banco central y tendrá por objeto, en los términos que establezca la ley, recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, con excepción de los impuestos. (Parágrafo adicionado, DOF 20.08.1993; reformado, DOF 20.12.2013)
No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficiencia **(sic DOF 20-08-1993)**. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución. (Parágrafo adicionado, DOF 20.08.1993 e 23.08.1993)
El Poder Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley. (Parágrafo adicionado, DOF 20.12.2013)
No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.
Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.
El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.
La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.
Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.
El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y

la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos. (Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013)

El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.

Párrafo adicionado DOF 11-06-2013

El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución. (Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013)

Corresponde al Instituto, el otorgamiento, la revocación, así como la autorización de cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. El Instituto notificará al Secretario del ramo previo a su determinación, quien podrá emitir una opinión técnica. Las concesiones podrán ser para uso comercial, público, privado y social que incluyen las comunitarias y las indígenas, las que se sujetarán, de acuerdo con sus fines, a los principios establecidos en los artículos 2o., 3o., 6o. y 7o. de esta Constitución. El Instituto fijará el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones, así como por la autorización de servicios vinculados a éstas, previa opinión de la autoridad hacendaria. Las opiniones a que se refiere este párrafo no serán vinculantes y deberán emitirse en un plazo no mayor de treinta días; transcurrido dicho plazo sin que se emitan las opiniones, el Instituto continuará los trámites correspondientes.

Párrafo adicionado DOF 11-06-2013

Las concesiones del espectro radioeléctrico serán otorgadas mediante licitación pública, a fin de asegurar la máxima concurrencia, previniendo fenómenos de concentración que contraríen el interés público y asegurando el menor precio de los servicios al usuario final; en ningún caso el factor determinante para definir al ganador de la licitación será meramente económico. Las concesiones para uso público y social serán sin fines de lucro y se otorgarán bajo el mecanismo de asignación directa conforme a lo previsto por la ley y en condiciones que garanticen la transparencia del procedimiento. El Instituto Federal de Telecomunicaciones llevará un registro público de concesiones. La ley establecerá un esquema efectivo de sanciones que señale como causal de revocación del título de concesión, entre otras, el incumplimiento de las resoluciones que hayan quedado firmes en casos de conductas vinculadas con prácticas monopólicas. En la revocación de las concesiones, el Instituto dará aviso previo al Ejecutivo Federal a fin de que éste ejerza, en su caso, las atribuciones necesarias que garanticen la continuidad en la prestación del servicio. (Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013)

El Instituto Federal de Telecomunicaciones garantizará que el Gobierno Federal cuente con las concesiones necesarias para el ejercicio de sus funciones.

Párrafo adicionado DOF 11-06-2013

La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, serán independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y se regirán conforme a lo siguiente:

I. Dictarán sus resoluciones con plena independencia;

II. Ejercerán su presupuesto de forma autónoma. La Cámara de Diputados garantizará la suficiencia presupuestal a fin de permitirles el ejercicio eficaz y oportuno de sus competencias;

III. Emitirán su propio estatuto orgánico, mediante un sistema de votación por mayoría calificada;

IV. Podrán emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia;

V. Las leyes garantizarán, dentro de cada organismo, la separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación y la que resuelve en los procedimientos que se sustancien en forma de juicio;

VI. Los órganos de gobierno deberán cumplir con los principios de transparencia y acceso a la información. Deliberarán en forma colegiada y decidirán los asuntos por mayoría de votos; sus sesiones, acuerdos y resoluciones serán de carácter público con las excepciones que determine la ley;

VII. Las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva. Cuando se trate de resoluciones de dichos organismos emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida. Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales especializados en los términos del artículo 94 de esta Constitución. En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales;

VIII. Los titulares de los órganos presentarán anualmente un programa de trabajo y trimestralmente un informe de actividades a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión; comparecerán ante la Cámara de Senadores anualmente y ante las Cámaras del Congreso en términos del artículo 93 de esta Constitución. El Ejecutivo Federal podrá solicitar a cualquiera de las Cámaras la comparecencia de los titulares ante éstas;

IX. Las leyes promoverán para estos órganos la transparencia gubernamental bajo principios de gobierno digital y datos abiertos;

X. La retribución que perciban los Comisionados deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 127 de esta Constitución;

XI. Los comisionados de los órganos podrán ser removidos de su cargo por las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República, por falta grave en el ejercicio de sus funciones, en los términos que disponga la ley, y

XII. Cada órgano contará con un órgano interno de control, cuyo titular será designado por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, en los términos que disponga la ley.

Fracción reformada, DOF 27.05.2013; Parágrafo com fracciones adicionado, DOF 11.06-2013

Los órganos de gobierno, tanto de la Comisión Federal de Competencia Económica como del Instituto Federal de Telecomunicaciones se integrarán por siete Comisionados, incluyendo el Comisionado Presidente, designados en forma escalonada a propuesta del Ejecutivo Federal con la ratificación del Senado. (Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013)

El Presidente de cada uno de los órganos será nombrado por la Cámara de Senadores de entre los comisionados, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, por un periodo de cuatro años, renovable por una sola ocasión. Cuando la designación recaiga en un comisionado que concluya su encargo antes de dicho periodo, desempeñará la presidencia sólo por el tiempo que falte para concluir su encargo como comisionado.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

Los comisionados deberán cumplir los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento y estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos;

II. Ser mayor de treinta y cinco años;

III. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso que amerite pena de prisión por más de un año;

IV. Poseer título profesional;

V. Haberse desempeñado, cuando menos tres años, en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas sustancialmente relacionadas con materias afines a las de competencia económica, radiodifusión o telecomunicaciones, según corresponda;

VI. Acreditar, en los términos de este precepto, los conocimientos técnicos necesarios para el ejercicio del cargo;

VII. No haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal o local, Gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno del Distrito Federal, durante el año previo a su nombramiento, y

Fracción reformada, DOF 10.02.2014

VIII. En la Comisión Federal de Competencia Económica, no haber ocupado, en los últimos tres años, ningún empleo, cargo o función directiva en las empresas que hayan estado sujetas a alguno de los procedimientos sancionatorios que sustancia el citado órgano. En el Instituto Federal de Telecomunicaciones no haber ocupado, en los últimos tres años, ningún empleo, cargo o función directiva en las empresas de los concesionarios comerciales o privados o de las entidades a ellos relacionadas, sujetas a la regulación del Instituto.

Parágrafo com fracciones adicionado, DOF 11.06.2013

Los Comisionados se abstendrán de desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión públicos o privados, con excepción de los cargos docentes; estarán impedidos para conocer asuntos en que tengan interés directo o indirecto, en los términos que la ley determine, y serán sujetos del régimen de responsabilidades del Título Cuarto de esta Constitución y de juicio político. La ley regulará las modalidades conforme a las cuales los Comisionados podrán establecer contacto para tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos regulados.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

Los Comisionados durarán en su encargo nueve años y por ningún motivo podrán desempeñar nuevamente ese cargo. En caso de falta absoluta de algún comisionado, se procederá a la designación correspondiente, a través del procedimiento previsto en este artículo y a fin de que el sustituto concluya el periodo respectivo.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

Los aspirantes a ser designados como Comisionados acreditarán el cumplimiento de los requisitos señalados en los numerales anteriores, ante un Comité de Evaluación integrado por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Para tales efectos, el Comité de Evaluación instalará sus sesiones cada que tenga lugar una vacante de comisionado, decidirá por mayoría de votos y será presidido por el titular de la entidad con mayor antigüedad en el cargo, quien tendrá voto de calidad.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

El Comité emitirá una convocatoria pública para cubrir la vacante. Verificará el cumplimiento, por parte de los aspirantes, de los requisitos contenidos en el presente artículo y, a quienes los hayan satisfecho, aplicará un examen de conocimientos en la materia; el procedimiento deberá observar los principios de transparencia, publicidad y máxima concurrencia.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

Para la formulación del examen de conocimientos, el Comité de Evaluación deberá considerar la opinión de cuando menos dos instituciones de educación superior y seguirá las mejores prácticas en la materia.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

El Comité de Evaluación, por cada vacante, enviará al Ejecutivo una lista con un mínimo de tres y un máximo de cinco aspirantes, que hubieran obtenido las calificaciones aprobatorias más altas. En el caso de no completarse el número mínimo de aspirantes se emitirá una nueva convocatoria. El Ejecutivo seleccionará de entre esos aspirantes, al candidato que propondrá para su ratificación al Senado.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

La ratificación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la presentación de la propuesta; en los recesos,

ao Estado o planejamento, a orientação e a condução da economia, em prol de uma ordem econômica que salvaguarde o mercado. A última reforma desse extenso artigo constitucional foi publicada em 27 de janeiro de 2016.

A Lei Federal de Concorrência Econômica (LFCE)[164], buscando regulamentar o artigo 28 da Constituição, garantindo a livre concorrência e o

---

la Comisión Permanente convocará desde luego al Senado. En caso de que la Cámara de Senadores rechace al candidato propuesto por el Ejecutivo, el Presidente de la República someterá una nueva propuesta, en los términos del párrafo anterior. Este procedimiento se repetirá las veces que sea necesario si se producen nuevos rechazos hasta que sólo quede un aspirante aprobado por el Comité de Evaluación, quien será designado comisionado directamente por el Ejecutivo.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

Todos los actos del proceso de selección y designación de los Comisionados son inatacables.

Parágrafo adicionado, DOF 11.06.2013

164

LIBRO SEGUNDO
DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS
TÍTULO ÚNICO
DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Capítulo VI
De las Concentraciones

Sección I

De la Definición de Concentración

Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Sección IV
De las Concentraciones que No Pueden ser Investigadas

Artículo 65. No podrán ser investigadas con fundamento en esta Ley, las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable por parte de la Comisión, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o bien cuando la resolución haya quedado sujeta a condiciones posteriores y las mismas no se hayan cumplido en el plazo establecido para tal efecto.

Tampoco podrán ser investigadas las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas a la Comisión, una vez transcurrido un año de su realización.

TÍTULO III

DEL PROCEDIMIENTO EN LA NOTIFICACIÓN DE CONCENTRACIONES

Capítulo I

Del Procedimiento de Notificación de Concentraciones

Artículo 86. Las siguientes concentraciones deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo:

I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;

II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, o

III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.

Los actos realizados en contravención a este artículo no producirán efectos jurídicos, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de los Agentes Económicos y de las personas que ordenaron o coadyuvaron en la ejecución, así como de los fedatarios públicos que hayan intervenido en los mismos.

Los actos relativos a una concentración no podrán registrarse en los libros corporativos, formalizarse en instrumento público ni inscribirse en el Registro Público de Comercio hasta que se obtenga la autorización favorable de la Comisión o haya transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 90, fracción V, sin que el Pleno haya emitido resolución.

Los Agentes Económicos involucrados que no se encuentren en los supuestos establecidos en las fracciones I, II y III de este artículo podrán notificarla voluntariamente a la Comisión.

Capítulo II

De los Casos de Excepciones a la Obligación de Autorización Previa

Artículo 93. No se requerirá la autorización de concentraciones a que se refiere el artículo 86 de esta Ley en los casos siguientes:

I. Cuando la transacción implique una reestructuración corporativa, en la cual los Agentes Económicos pertenezcan al mismo grupo de interés económico y ningún tercero participe en la concentración;

II. Cuando el titular de acciones, partes sociales o unidades de participación incremente su participación relativa en el capital social de una sociedad en la que tenga el control de la misma desde su constitución o inicio de operaciones, o bien, cuando el Pleno haya autorizado la adquisición de dicho control y posteriormente incremente su participación relativa en el capital social de la referida sociedad;

III. Cuando se trate de la constitución de fideicomisos de administración, garantía o de cualquier otra clase en la que un Agente Económico aporte sus activos, acciones, partes sociales o unidades de participación sin que la finalidad o consecuencia necesaria sea la transferencia de dichos activos, acciones, partes sociales o unidades de participación a una sociedad distinta tanto del fideicomitente como de la institución fiduciaria correspondiente. Sin embargo, en caso de ejecución del fideicomiso de garantía se deberá de notificar si se actualiza alguno de los umbrales referidos en el artículo 86 de esta Ley;

IV. Cuando se trate de actos jurídicos sobre acciones, partes sociales o unidades de participación, o bajo contratos de fideicomiso que se verifiquen en el extranjero relacionadas con sociedades no residentes para efectos fiscales en México, de sociedades extranjeras, siempre que las sociedades involucradas en dichos actos no adquieran el control de sociedades mexicanas, ni acumulen en el territorio nacional acciones, partes sociales, unidades de participación o participación en fideicomisos o activos en general, adicionales a los que, directa o indirectamente, posean antes de la transacción;

V. Cuando el adquirente sea una sociedad de inversión de renta variable y la operación tenga por objeto la adquisición de acciones, obligaciones, valores, títulos o documentos con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas del capital social de la sociedad

cumprimento das formalidades procedimentais, ela contém uma parte substantiva e outra adjetiva.

A Lei de Comércio Exterior objetiva não somente regular e promover o comércio exterior, mas também aumentar a competitividade da economia nacional. Seu Título V intitula-se "Práticas Desleais de Comércio Internacional", que compreende do artigo 28, que conceitua as referidas práticas, até o artigo 44. Tal lei que foi originalmente publicada no Diário Oficial da Federação, em 27 de julho de 1993, teve sua última reforma estampada, no mesmo diário, em 21 de dezembro de 2006. O Regulamento da lei em comento, no artigo 2º, discrimina os integrantes da Comissão de Comércio Exterior, entre os quais figura a Comissão Federal de Concorrência (inciso VIII).

---

de inversión entre el público inversionista, salvo que como resultado o con motivo de las operaciones la sociedad de inversión pueda tener una influencia significativa en las decisiones del Agente Económico concentrado;

VI. En la adquisición de acciones, valores, títulos o documentos representativos del capital social de sociedades o bien cuyo subyacente sean acciones representativas del capital social de personas morales, y que coticen en bolsas de valores en México o en el extranjero, cuando el acto o sucesión de actos no le permitan al comprador ser titular del diez por ciento o más de dichas acciones, obligaciones convertibles en acciones, valores, títulos o documentos y, además, el adquirente no tenga facultades para: a) Designar o revocar miembros del consejo de administración, directivos o gerentes de la sociedad emisora; b) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes; c) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto del diez por ciento o más del capital social de una persona moral, o d) Dirigir o influenciar directa o indirectamente la administración, operación, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma;

VII. Cuando la adquisición sobre acciones, partes sociales, unidades de participación o fideicomisos sean realizadas por uno o más fondos de inversión con fines meramente especulativos, y que no tengan inversiones en sociedades o activos que participen o sean empleados en el mismo mercado relevante que el Agente Económico concentrado, o

VIII. En los demás casos que establezcan las Disposiciones Regulatorias

O *Reglamento Interior de la LFCE (RICFC)* (Regulamento Interno) e o *Manual de Organización de la Comisión Federal de Competencia (MOCFC)*, servem para regular aspectos formais e organizacionais.

A COFECE, em 9 de outubro de 2015, com base no artigo 12, numeral XXII, § 3º, inciso a), da LFCE, emitiu a Guía para la notificación de concentraciones (Guia para a notificação de concentrações), com sessenta e sete páginas, discorrendo sobre conceitos, normas e procedimentos ligados à notificação de concentrações, para facilitar o entendimento e a tramitação dos respectivos procedimentos.

Compete à Comissão Federal de Concorrência (COFECE), em suma: garantir a livre concorrência, prevenir, investigar e combater os monopólios, as concentrações e demais restrições ao funcionamento eficiente dos mercados e impor sanções; ordenar a desincorporação de ativos etc.; fazer visitas de verificação; exarar opiniões; e emitir e publicar disposições regulatórias (Artigo 12 da LFCE, de 2014). Os procedimentos da COFECE podem ser classificados em sancionadores, especiais ou preventivos; nesses últimos inserem-se o controle de concentrações.

A COFECE é formada por sete comissários, um dos quais é seu presidente. Possuem mandato de nove anos e são escolhidos dentre especialistas na matéria, conforme o seguinte trâmite. Há, inicialmente, uma convocação pública, feita por comissão de avaliação, formada por funcionários do Banco do México, Instituto Nacional de Geografia e Estatística e Instituto Nacional para a Avaliação da Educação, que verificará o cumprimento dos requisitos e aplicará uma prova de conhecimento. Feito isso, a Comissão remeterá listagem ao Executivo Federal, em que constam os candidatos mais qualificados. Dentre esses, o Presidente escolherá um nome, a ser remetido para o Senado Federal, para ratificação, mediante voto afirmativo de, ao menos dois terços dos membros. Aos comissários é proibido participar em procedimentos investigatórios (Constituição Federal, artigo 28).

Em resumo é o seguinte o procedimento do controle de concentração. Feita a notificação, documentadamente e por escrito, da intenção de concentrar-se, a COFECE terá prazo de quarenta e cinco dias, findos os quais, sem que haja objeção, ter-se-á o ato como aprovado. O presidente da COFECE poderá, em casos de complexidade excepcional, ampliar o prazo para sessenta dias. A decisão da Comissão deve ser fundamentada e motivada (artigos 86 a 93 da LFCE, de 2014).

4.3.Doutrina mexicana sobre concentração econômica.

Sendo recentes as mudanças constitucionais e legais sobre concentração de empresas no México, respectivamente, 2013 e 2014, a doutrina ainda não é tão farta. As obras recentes de três autores fornecem ideia da doutrina mexicana atual sobre o assunto.

Para Núñez Melgoza, a finalidade das leis de concorrência é resguardar e alavancar o processo de "*competência e de livre concurrencia*", que, por meio da rivalização dos agentes econômicos, possibilita a busca de processos eficientes e redução de custos. Isso gera aumento de oferta, melhor qualidade e redução de preço aos consumidores. Os procedimentos da COFECE para preservar a rivalidade dos mercados podem ser sancionadores (investigações de práticas monopolísticas), especiais (acesso a insumo essencial e avaliação de barreiras) ou preventivos (controle das concentrações e a avaliação de bases e participantes em procedimentos licitatórios ou análogos). Com estes últimos, afasta-se situações de concentração. A obrigatoriedade de notificação prévia evita a realização de concentrações (fusões, aquisições etc.), de difícil reversão.

As funções da COFECE, dadas pelo artigo 28 da Constituição, reformado em 2013; bem como o artigo 63, V, da LFCE levam a meditar sobre o conceito econômico de eficiência. A mera eficiência produtiva, pela qual as empresas podem produzir mais barato se otimizarem os recursos, seria insuficiente, em virtude de ambos os textos legais referirem-se à "eficiência no mercado". A eficiência econômica deve levar em conta, também, a expansão do sistema, ou seja, a inversão produtiva que permite o crescimento do produto. Daí a importância da inovação, da proteção de patentes etc. Inobstante a complexidade desses conceitos, as autoridades de concorrência, mundo afora, vêm tornando-os operativos. Geralmente, passa a ser importante a verificação de incremento de eficiência, ao se perceber durante a análise de uma concentração, que, em princípio, possa haver efeitos anticompetitivos. A eficiência ou melhora produtiva somente pode ser levada em conta em uma concentração, caso sejam específicas à própria operação, além de beneficiar à dinâmica do mercado e aos consumidores.

Para obviar os erros de avaliação, as autoridades utilizam instrumentos analíticos. O mais antigo é a verificação de dominância derivado da teoria Estrutura-Conduta-Desempenho. Uma concentração em que figura empresa com participação predominante no mercado, e, portanto, com poder substancial (poder de monopólio) [no

mesmo, precisa ser objetada e, ao menos, condicionada. Embora o instrumento sob análise seja previsível e de fácil implementação, não está imune a deficiências. Daí a evolução para a utilização de técnicas que procuram prever a operação sob verificação. No México, o fato de os índices de dominância serem elevados não conduzem à rejeição da operação, mas sim à uma verificação mais profunda.

Consoante a prática internacional a metodologia para determinar dano à concorrência compreende o seguinte: (i) definição do mercado relevante. (ii) determinação do poder de mercado, (iii) valorização dos efeitos da transação, (iv) análise das eficiências, e (v) remédios.

Na definição do mercado relevante, utiliza-se a prova do monopolista hipotético, conhecido. Conforme a prova conhecida por *SSNIP* (*Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price*), a definição do mercado relevante e a definição da área geográfica do mercado parte da acepção em que um monopolista hipotético poderia aumentar, unilateral e exitosamente, os preços de cinco a dez por cento, sem que os consumidores procurem, de forma consistente, outros produtos. Haveria repetição até que o monopolista conseguisse êxito na elevação dos preços.

O exercício acima pressupõe que as autoridades analisem informações sobre possíveis substitutos; sendo ideal para tanto obter as elasticidades preço cruzadas (*elasticidades precio cruzadas*) ou taxas de desvio (*tasas de desviación*). O artigo 58 da LFCE determina a análise de substituição, bem como a verificação de custo e probabilidades de acesso a outros mercados.

A seguir à definição do mercado relevante, passa-se à valoração do poder de mercado que teriam as empresas que se pretendam concentrar. O primeiro elemento diz respeito ao nível de participação dos vários agentes no mercado. Inexiste consenso sobre o limite de risco, a partir de que começaria a haver preocupação. No Reino Unido, nos Estados Unidos da América e no Canadá, pode-se dizer que o sinal de alerta se inicia com participações, respectivamente, de 40, 30 e 35%. Complementarmente às participações de mercado, utiliza-se também índices de concentração, de que o mais conhecido é o Herfindahl-Hirshmann. No artigo 59 da LFCE há as bases para a determinação do poder substancial, (poder de monopólio) individual ou conjunto: participação de mercado, existência de barreiras à entrada, poder dos competidores, acesso a insumo pelo concorrentes e comportamento recente dos agentes. A COFECE tem indicado, complementarmente, a utilização dos índices Herfindahl-Hirshmann e o de dominância.

Dois são os conjuntos de efeitos possíveis de uma concentração: 1. Efeito unilateral de aumento de preços e diminuiição de oferta; além de exclusão de competidores; 2. Efeito de coordenação, quando há eliminação de competidor independente, por absorção ou controle. Para que a autoridade possa averiguar o dano produzido pela concentração, é necessário identificar se a concentração ocorre entre competidores (horizontal), entre empresas relacionadas insumo-produto (vertical) ou se for o caso de conglomerado. O artigo 64 da LFCE fornece os indícios próprios de uma concentração ilícita: aumento de poder substancial (poder de monopólio) que possibilite afetar a livre concorrência; estabelecer barreiras à entrada ou obstaculizar o acesso de terceiros a mercado relevante e facilitação de condutas proibidas, como práticas monopolísticas.

Por não ser fácil a elaboração de cenário prospectivo crível, a análise de eficiência não é tão frequente; tanto mais que as eficiências levantadas devem ser específicas da operação e não passível de ser conseguida por outros meios. Conforme, o artigo 63, V, da LFCE, os elementos da eficiência devem derivar da realização da concentração e incidir favoravelment no processo de concorrência. Já o artigo 14 das disposições regulatórias da LFCE acrescenta que, além de serem específicas, precisam superar, continuadamente, os possíveis feitos anticompetitivos do mercado, incrementando o bem-estar do consumidor.

Implementam-se soluções, estruturais ou comportamentais, por ocasião do controle de concentrações com o intuito de sanar ou minorar os efeitos de uma concentração sobre a concorrência. Esses remédios são selecionados atendendo o princípio da efetividade, isto é, impactem sobre o problema detetado e beneficiem os consumidores. Nas fusões horizontais, preferem-se os estruturais, como desincorporações, acompanhados ou não de solução comportamental, como complemento. Já nas concentrações verticais, sobressaem os remédios de comportamento. Embora a reforma constitucional tenha eliminado o recurso de reconsideração, que dava às partes ensejo de discutir condicionamentos, a nova LFCE antevê mecanismo para tanto.

O regime legal de concentrações no México surge, em 1992, com a regulamentação do artigo 28 da Constituição, relativo ao regime de monopólios; que sofreu reformas importantes em 2006 e 2011, até que, em 7 de julho de 2014, foi aprovada a nova LFCE. Para se poder bem aquilatar as modificações, é necessário lembrar que a

reforma constitucional de 2013 havia criado dois organismos autônomos com independência funcional e decisória: a COFECE e o Instituto Federal de Telecomunicações. Assim, desde 2013, a matéria de concorrência, incluindo as concentrações, referentes às telecomunicações e radiodifusão competem a esse instituto.

A Constituição passou a definir: (i) regras interativas entre os comissários e os agentes econômicos de regulação; (ii) proibição de os comissários participarem em procedimentos investigatórios; (iii) obrigatoriedade de transparência nas sessões do pleno; (iv) impugnação dos atos da COFECE, por juízo de amparo indireto, unicamente com referência a resoluções que coloquem fim ao procedimento; (v) desaparecimento do recurso de reconsideração; e (vi) estabelecimento de tribunais especializados em concorrência econômica, radiodifusão e telecomunicações. A nova LFCE, em comparação com a anterior, mantém o marco conceitual, como mercado relevante (artigo 58), poder substancial (denominado poder de monopólio em outras jurisdições) (artigo 59); concentração (artigo 61); notificação prévia e exceções à obrigação de notificar (artigo 93); figura da afirmativa ficta[165] (artigo 90, IV); e procedimento simplificado (artigo 92). Houve, contudo, modificações importantes no que tange ao procedimento: (i) desapareceu a ordem de não execução, devendo as partes aguardar autorização para poder levar a cabo a concentração; (ii) o prazo de sessenta dias úteis, pode ser ampliação de mais quarenta dias, para permitir apresentação de propostas de condições; (iii) possibilidade clara de requerer informações a terceiros e a organismos públicos; (iv) possibilidade de funcionários da Secretaria Técnica, manter reuniões com as partes, para fins de compilação de documentos e respectivo esclarecimento de conteúdo; (v) comunicação pela Comissão, com pelo menos dez dias antes à data da decisão, para que as partes possam oferecer condições para sanar os riscos assinalados.

Finaliza Núñez Melgoza, por dizer que várias disposições, antes constantes do Regulamento da LFCE, passaram a constar da nova LFCE. Causou apreensão a afirmação do artigo 53, de que a troca de informações entre competidores pode ser tida

[165] Afirmativa ficta é a presunção admitida pela legislação administrativa mexicana, pela qual os requerimentos feitos por particulares à autoridade pública, se não forem respondidos no devido prazo, são considerados aceitos.

como prática monopolista absoluta, se levar às condutas previstas nos numerais I a IV do artigo em questão[166].

Serrabou e Castrillón y Luna tem para si que a Lei Federal de Concorrência Econômica, de 2014, dotada de melhor técnica legislativa, teve por base a reforma constitucional, que versou inclusive sobre a eliminação de barreiras à concorrência e a desincorporação de ativos. A lei refere-se à determinação do mercado relevante, ao poder substancial (poder de monopólio) e às concentrações, proibindo o monopólio, as práticas monopolistas, as concentrações ilícitas e as barreiras à livre concorrência. A capacidade sancionadora da COFECE foi reforçada, com o poder de aplicar a desincorporação de ativos. No aspecto procedimental, a lei em tela, adotou a regra básica de pesos e contrapesos: a autoridade que investiga, não pode decidir; cabendo, por seu turno, o recurso aos juízes e aos tribunais.

Embora a concentração típica seja a compra de um agente econômico por outro, ela abarca a aquisição de qualquer ativo, como, exemplificativamente um direito de propriedade intelectual. Relativamente às concentrações econômicas, as autoridades concorrenciais podem determinar medidas para impedir ou diminuir o dano ao ambiente competitivo, como a desconcentração, total ou parcial; ou o compartilhamento de direito. Utiliza-se, para tanto, o balanceamento do impacto competitivo dos aspectos práticos: (i) define o mercado relevante; (ii) verifica se o agente possui ou possuirá "poder de mercado"; e (iii) analisa os ganhos de eficiência. Em considerando que os efeitos anticompetitivos da concentração superam os pró-competitivos, ela será tida como violadora e, em princípio, inaceitável.

A concentração do poder econômico advém, mormente, do êxito da empresa ou de sua concentração. Empresas com preços mais baixos e bens ou serviços de melhor qualidade atraem maior número de consumidores; tornando-se, consequentemente, mais fortes e possuindo maior domínio do mercado. A curto prazo, podem os preços baixarem e a qualidade melhorar, mas a longo, podem estruturar-se oligopólios ou monopólios. Por outro lado, várias razões - revolução tecnológica, racionalização dos processos econômicos, busca de economia de escala, etc.- levam as empresas a fusionar-se, a

[166] NÚÑEZ MELGOZA, Francisco Javier. **El Control de Concentraciones em la Nuena Legislación de Competencia: Ecolución y Perspectivas**. *in* Roldán Xopa, José et al, "*Derecho de la competencia en México"*, Ed. Porrúa, 2015, p. 241/271.

adquirir participações, a estabelecer *joint ventures* etc.; o que também pode redundar em oligopólios ou monopólios.

Poder substancial (poder de monopólio) consoante a LFCE, é a capacidade unilateral de estabelecer preços e o poder de realizar práticas anticompetitivas limitadoras da concorrência, durante período de tempo razoável.

Barreiras à entrada, fundamentais para a compreensão da noção de mercado competitivo são fatores econômicos (impossibilidade de operar em pequena escala etc.), legais (patentes, licenças etc.) ou informais (intimidação etc.), que dificultam ou impedem a entrada de novas empresas em determinada atividade econômica. As barreiras à entrada encontram-se contempladas no artigo 3, IV da LFCE.

O estudo das barreiras econômicas interessa não somente à moderna economia industrial, mas também às autoridades da defesa da concorrência, tanto administrativas quanto judiciais; principalmente, nos casos de abuso de posição dominante e concentração de empresas. As barreiras podem ser de duas espécies: (i) estruturais, derivadas de características exógenas do mercado que atingem os que já estão estabelecidos (incumbentes) ou os que desejam entrar (entrantes): monopólios legais, necessidade de concessão ou autorização administrativa etc.; (ii) comportamentais, que nascem de condutas desenvolvidas pelos próprios incumbentes no mercado relevante, com o intuito de impedir ou dissuadir novos competidores (aquisição de excesso de capacidade, celebração de contratos de exclusividade etc.) Empresas que atuam em mercado com barreiras possuem poder de mercado, pois estão em condição de impor aos seus clientes preços e condições, que não poderiam se outros competidores pudessem ingressar no mercado.

A COFECE, relativamente ao Título I, Investigações, possui competência prioritária de garantir a livre concorrência, prevenir, investigar e combater as concentrações (artigo 12, numeral I), para impedir que agentes econômicos se concentrem ilicitamente etc.[167]

[167] SERRABOU, Xavier Ginebra e CASTRILLÓN Y LUNA, Victor. **La Nueva Ley Federal de Competencia Económica**. Bosch, México, 2014, p.13/110.

4.4. Jurisprudência mexicana sobre concentração de empresas: casos relevantes.

I. Mexicana/Aeroméxico

A participação da CFC, em matéria de concentrações de 1995 a 2007, na indústria de transporte aéreo de passageiros foi acentuada; tendo ficado assente que as empresas aéreas em questão deveriam continuar separadas, concorrendo entre si. O Conselho, em 2005, autorizou a venda do Grupo Mexicana de Aviación e do Consórcio Aeroméxico para investidores independentes, para que a desconcentração e a concorrência no transporte aéreo pudesse ser maior.

Em 2007, entretanto, a Mexicana informou a CFC de seu desejo de adquirir no mínimo 50, 1%, até o máximo de 100% das ações do Consórcio Aeroméxico, que redundaria em aumento de escala da empresa e redução dos gastos administrativos.

A participação conjunta da Aeroméxico e da Mexicana, nas rotas domésticas, incluindo suas subsidiárias, era de cerca de 90% em 1993, descendo para mais ou menos 50%, em 2007. Essa baixa devia-se à criação de novas empresas e ao fato de o Aeroporto Internacional de Toluca ter passado a rivalizar com o Aeroporto Internacional da Cidade do México.

Nas decisões da Comissão, houve atuação sistemática, para definir mercado relevante, pela aplicação dos princípios de demanda dos consumidores e para mensurar a concentração em tais mercados. Cada rota constituía-se em um mercado, havendo assim tantos mercados quantas rotas em que ambas as companhias coincidiam: 25% das rotas nacionais e 15% das internacionais. Isso porque, do prisma do consumidor, um voo entre a Cidade do México e Guadalajara, não tem o condão de suprir ou ser suprido por voo entre Villahermosa e Cancún.

O perigo para a concorrência não era grande, pois, o índice de concentração ultrapassava o umbral (limiar) em apenas: (i) uma rota nacional, mesmo que o Aeroporto de Toluca fosse tido como substituto do Aeroporto da Cidade do México; e (ii) duas rotas internacionais.

Conforme a CFC, o mercado relevante não era o nacional, mas em cada conjunto de cidades; tendo detectado vinte e cinco mercados relevantes nacionais e vinte

e cinco internacionais, em que as referidas companhias competiam e que deixariam de o fazer. Assim, sob o prisma de mercados relevantes, haveria, em vários mercados, perigos consideráveis para a concorrência. No respeitante à substituição de operações em ambos os aeroportos citados, embora não se tenha verificado, estatisticamente, mudança do Aeroporto do México, para o de Toluca, ficou claro a importância do Aeroporto do México para as companhias aéreas, em razão das operações em rede, inexistentes no de Toluca. Dessa forma, a saturação do Aeroporto do México limitava a possibilidade de expansão ou a entrada de novos competidores.

Por outro lado, a Comissão deixou claro haver barreiras importantes para a entrada de competidores, como: regras jurídicas impeditivas de companhias estrangeiras servirem rotas nacionais, limitação de aporte de capital estrangeiro para companhias aéreas nacionais (máximo de 25% de participação direta de capital estrangeiro); barreiras econômicas expressivas, evidenciadas pelo custo de compra ou arrendamento de aeronaves; limitação de direitos de decolar e aterrissar (*slots*), mormente no Aeroporto da Cidade do México; limitação do acesso a novos entrantes, em virtude da existência de acordos e códigos compartilhados entre companhias aéreas; maneiras de suscitar lealdade dos clientes; barreiras regulatórias; não houve demonstração de que os ganhos de eficiência derivados da diminuição de gastos administrativos poderiam beneficiar os consumidores etc.

O pleno da CFC, em 11 de outubro de 2007, por unanimidade, acabou por desautorizar a concentração entre as duas companhias, não em virtude de altos índices de concentração no mercado, mas por riscos concorrenciais e dano aos consumidores, gerados por um conjunto de razões: acesso a *slots*; saturação do Aeroporto do México; barreiras regulatórias; e formato dos serviços de rede[168].

II. Cinemex/Cinemark

Em 15 de fevereiro de 2013, a Cadena Mexicana de Exhibición e Cinemark Holdings México notificaram a COFECE da intenção de adquirir pelo Grupo Cinemex S.A., por meio de empresa subsidiária Cadena Mexicana de Exhibición, a totalidade das

[168] Comissão Federal de Concorrência, Informe Anual de 2007, p. 49/50.
Comissão Federal de Concorrência, Grupo Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. Expediente nº CNT-101-2007, p. 1/63.

ações sociais da Cinemark de México e outras, com base no artigo 16 da LFCE, que diz respeito à compra do controle de ações e ativos, tangíveis e intangíveis, entre agentes econômicos competidores. Cinemark e Cinemex dedicam-se à exibição de filmes em salas apropriadas, não se dedicando a produzi-los ou a distribui-los. O mercado relevante das salas de exibição de filmes, cujas rendas derivam dos ingressos, da venda de guloseimas e da publicidade, é local. Com base nas respectivas áreas de influência, inexiste coincidência com os complexos da Cinemark em cinco dos trinta e um complexos da Cinemex. Em dezenove das vinte e quadro áreas de influência de cada complexo objeto da transação, não há, em princípio, impacto substancial sobre a concorrência, embora haja redução do índice de dominância, apto a avaliar o grau de assimetria de mercado. O êxito de uma cadeia de cinemas, depende da localização das salas, da marca que exibe, dos investimentos em publicidade etc., para que esteja em condições de competir com as cadeias já existentes no mercado. Nos mercados geográficos em que há coincidência, além da própria Cinemex, unicamente a empresa Cinépolis é significativa, detendo mais de 50% do mercado.

As análises feitas pela CFC de concentrações no âmbito da exibição cinematográfica, seguiram metodologia similar à aplicada no Reino Unido, que determinavam os efeitos concorrenciais nas áreas de influência. Nos mercados geográficos em que existe coincidência das empresas que se querem concentrar só a empresa Cinépolis possui tamanho de mercado significativo, dominando na maioria dos casos mais de 50% do mercado. O fato de a operação reduzir os competidores de três a dois e concentrar, a nível local e nacional, mais de 95% dos estabelecimentos e dos clientes, permitiria condutas coordenadas, além de dificultar a entrada de novos competidores. O duopólio Cinemex e Cinépolis, conjuntamente teriam poder substancial (poder de monopólio), fato esse potencializados pelas barreiras à entrada. Em conclusão, a concentração em tela, traria riscos reais e substanciais à concorrência, nos mercados relevantes: (i) de exibição de filmes em salas; (ii) de compra de direitos para a exibição de filmes; e (iii) no de locação de imóveis para cinemas. Face ao exposto, em 17 de julho de 2013, o plenário da Comissão, por maioria de votos, desautorizou a concentração.

Em agosto de 2013, a Cadena de Exhibición e outros interpôs recurso de reconsideração, que, por maioria de votos, foi acolhido pela COFECE, em outubro do mesmo ano. A fundamentação da negativa inicial deveu-se ao possível exercício de poder substancial conjunto (poder de monopólio), das duas únicas cadeias exibidoras, que

restariam no mercado; com relação aos mercados locais e aos mercados de arrendamento imobiliário; bem como à aquisição de direitos de exibição. A reversão, pela COFECE apoiou-se mais em evidências econômicas (pouca probabilidade de comportamento coordenado), do que em evidência estrutural (redução do número de competidores)[169].

III. Comex/Sherwin Williams

A Comex, fabricante de tintas e impermeabilizantes, fundada em 1952, possuía 52% do mercado mexicano de revestimentos decorativos, figurando no 142º lugar dentre as empresas de pintura, revestimentos, adesivos e seladoras, consoante o R*anking Coating World 2013*. Contava a Comex, no México, com seis fábricas, seis centros de distribuição, três mil e trezentas lojas próprias, além de mais de duas mil concessionárias e centro de autosserviços. Por seu turno, a Sherwin Williams, que estava no 4º lugar do referido *ranking*, comercializava seus produtos no México, por meio de vendas diretas, lojas próprias, distribuidores etc. No final de 2012, a Sherwin Williams noticiou à então Comissão Federal de Concorrência (CFC) sua intenção em concentrar-se, por meio da compra da Comex.

A Comissão observou que, no México, ambas as empresas fabricavam, distribuíam ou comercializavam uma série de produtos, mas que, no mercado de revestimentos decorativos, haveria fortes riscos concorrenciais, de vez que, se fundidas, ambas as empresas teriam participação nesse mercado entre 48 e 58%. As barreiras à entrada seriam significativas, pois a Comex detinha o maior portfólio de marcas e a maior rede de distribuição do mercado.

O pedido de reconsideração das empresas que continha compromissos para salvaguardar a concorrência, foi examinado pela Comissão Federal de Concorrência Econômica (COFECE), que havia sucedido a anterior. O pleno dessa Comissão manteve a decisão inicial, pelo risco à concorrência, que representariam as marcas e as redes de distribuição enfeixadas nas mãos da Comex e da Sherwin Williams; em razão do tamanho que a empresa poderia alcançar - várias vezes maior que a concorrente mais próxima -; bem como pelas barreiras à entrada, que seriam aumentadas pela concentração. Ademais a Comex, inobstante o aumento de preços de insumos, havia conseguido manter,

[169] Comisión Federal de Competencia Economica, Pleno, Resolución, Cadena Mexicana de Exhibición, de C.V. y otras, Recurso de Reconsideración, Expediente número RA-029-2013, p. 1/21.

ultimamente, margens brutas e vantagens, enquanto a de seus concorrentes haviam baixado. Pela primeira vez, a CFC fundamentou sua decisão nas margens, em matéria de concentração. Em tais circunstâncias, a manutenção das margens comprovavam poder de mercado[170].

IV. PPG/Comex

Após a desaprovação pela COFECE da compra da Comex pela Sherwin Williams, a Comex estabeleceu negociações com a PPG Industries, grande empresa multinacional, nos setores de pinturas, revestimentos, produtos óticos, fibra de vidro e materiais vítreos, presente no mercado mexicano de revestimentos automobilísticos. Em julho de 2014, a PPG Industries transmitiu à COFECE, sua intenção de adquirir o grupo Comex.

Havia diferenças do caso Sherwin Williams e o presente: (i) a PPG não participava do mercado de revestimentos decorativos no México, em que a Comex era forte; (ii) nos segmentos em que tanto a Comex, quanto a PPG participavam, no México, havia importantes competidores internacionais, como a Axalta, Akso, Valspar, Sherwin Williams e Vitracoat; (iii) as redes mexicanas de distribuição da Comex e da PPG eram diferentes em tamanho e políticas de comercialização, pois esta cingia-se à distribuição direta a usuários industriais. Por tais razões, a COFECE, em final de 2014, estimando que tal concentração não causaria danos aos mercados analisados, autorizou a concentração, avaliada em US$ 2.3 bilhões. A autorização da PPG/Comex, após a negativa em autorizar a operação Sherwin Williams, demonstra a importância da verificação e da comprovação das particularidades de cada caso[171].

[170] COFECE análise de casos – janeiro de 2015 – nº 1
[171] COFECE análise de casos – janeiro de 2015 – nº 1

4.5. NAFTA. Direito concorrencial e concentração econômica

A tradição de livre comércio na América do Norte é antiga. Em 1855, por meio do *Treaty of Reciprocity* (Tratado de Reciprocidade), as Colônias Britânicas, que mais tarde constituiriam o Canadá, e os Estados Unidos da América implementaram livre comércio entre eles. Tal tratado teve vida curta, mas foi sucedido, no passado século até a década de oitenta, por vários tratados bilaterais com finalidade de reduzir tarifas e, consequentemente, de aumentar o comércio mútuo.

O sucesso nos referidos tratados impulsionou a conclusão, em 2 de janeiro de 1988, do Acordo de Livre Comércio entre Canadá e Estados Unidos da América, origem próxima do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (TLCAN ou NAFTA), negociado entre os dois países mencionados e o México. Tendo sido assinado, em 17 de dezembro de 1992, e entrado em vigor a 1º de janeiro de 1994, situa-se entre as maiores áreas de livre comércio do globo, com produto interno bruto de US$ 17.0 trilhões e abrangendo 440.1 milhões de pessoas. Seu objetivo era eliminar tarifas, reduzir barreiras não-tarifárias e incrementar comércio e investimentos, entre seus três países-membros. Na realidade, a maior parte das barreiras tarifárias e não tarifárias foram eliminadas e o comércio entre os três países mais que triplicou. A preparação por parte do México para poder participar dessa área de livre comércio tripartite, não foi isenta de problemas. Lembre-se, como exemplo, a revogação do artigo 27 da Constituição mexicana, que protegia as terras comunais indígenas, da privatização e da venda, que causou a declaração de guerra ao México, por parte do Exército Zapatista de Liberação Nacional, no dia da entrada em vigor do TLCAN. Tem-se atribuído à participação nesse bloco: a modernização econômica do México, com aumento de comércio e investimento; e a diversificação de suas exportações, para manufaturados e não somente de produtos primários.

Seu arcabouço organizacional compreende Comissão, Secretariado, diversos comitês e grupos de trabalho. A Comissão de Livre Comércio, formado por representantes dos ministros dos Estados-Membros, vela pela implementação e contínuo aperfeiçoamento do acordo; colabora na solução de disputas, assim como fiscaliza todos os demais órgãos do bloco. Os Coordenadores indicados pelos membros dentre seus funcionários dos respectivos departamentos de comércio, são os responsáveis de gerir,

permanentemente, a implementação do bloco. Cabe ao Secretariado, formado por seções nacionais de cada Estado-Membro, administrar as regras de solução de controvérsias do Tratado, bem como os respectivos processos, mantendo, por isso, registro dos procedimentos dos órgãos decisórios, como painéis e comissões. Mais de trinta comitês e grupos de trabalho foram criados para tratar de assuntos fundamentais como: comércio de bens, comércio de bens agrícolas e subsídios, regras de origem, serviços e investimentos, resolução alternativa de diferendos etc.

O Acordo é minucioso e longo, dividido em oito seções, vinte e dois capítulos e cerca de duas mil páginas, compreendendo regras sobre comércio internacional e investimentos entre os três países. Não é objetivo do Tratado criar um ordenamento jurídico próprio do bloco, nem órgãos supranacionais. No que interessa ao presente trabalho, dentre seus objetivos estão, na área do bloco: facilitar o movimento de produtos e serviços, permitindo que as empresas se instalem nos países do bloco, em que for mais propício para suas finalidades; além de possibilitar competição mais justa.

Seu Capítulo V intitula-se "Política de Concorrência, Monopólios e Empresas Estatais" e contém os artigos 1501 a 1504 [172].

---

[172] **Chapter Fifteen : Competition Policy, Monopolies and State Enterprises**

Article 1501: Competition Law

1. Each Party shall adopt or maintain measures to proscribe anticompetitive business conduct and take appropriate action with respect thereto, recognizing that such measures will enhance the fulfillment of the objectives of this Agreement. To this end the Parties shall consult from time to time about the effectiveness of measures undertaken by each Party.

2. Each Party recognizes the importance of cooperation and coordination among their authorities to further effective competition law enforcement in the free trade area. The Parties shall cooperate on issues of competition law enforcement policy, including mutual legal assistance, notification, consultation and exchange of information relating to the enforcement of competition laws and policies in the free trade area.

3. No Party may have recourse to dispute settlement under this Agreement for any matter arising under this Article.

Article 1502: Monopolies and State Enterprises

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from designating a monopoly.

2. Where a Party intends to designate a monopoly and the designation may affect the interests of persons of another Party, the Party shall:

(a) wherever possible, provide prior written notification to the other Party of the designation; and

(b) endeavor to introduce at the time of the designation such conditions on the operation of the monopoly as will minimize or eliminate any nullification or impairment of benefits in the sense of Annex 2004 (Nullification and Impairment).

3. Each Party shall ensure, through regulatory control, administrative supervision or the application of other measures, that any privately owned monopoly that it designates and any government monopoly that it maintains or designates:

(a) acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Agreement wherever such a monopoly exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it in connection with the monopoly good or service, such as the power to grant import or export licenses, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges;

(b) except to comply with any terms of its designation that are not inconsistent with subparagraph (c) or (d), acts solely in accordance with commercial considerations in its purchase or sale of the monopoly good

O Tratado prevê sistema de solução de litígios, dotado de regras capazes de assegurar imparcialidade, previsibilidade e justiça. O fato de o comércio entre os Estados-Membros do TLCAN desenvolverem-se no âmbito das regras do próprio bloco ou da Organização Internacional do Comércio, minimiza a possibilidade de surgimento de diferendos. Quando eles surgem, entretanto, as partes podem-se servir das comissões e grupos de trabalho do próprio bloco ou mecanismos mais formais de solução de disputas. Em suma, o Capítulo 20 do Tratado, dedicado a generalidades sobre solução de disputas, prescreve o seguinte: (i) processo de consulta em que as próprias partes discutem o diferendo; (ii) não se chegando a resultado, os ministros procuram resolver a questão; e (iii) mantendo-se o questionamento, um dos reclamantes pode requerer seja fixado um painel, que emita solução vinculante para as partes. Outros capítulos tratam também de solução de contendas: Capítulo 19, sobre *antidumping* e direito compensatórios e o Capítulo 11, acerca dos investimentos estrangeiros.

---

or service in the relevant market, including with regard to price, quality, availability, marketability, transportation and other terms and conditions of purchase or sale;
(c) provides non-discriminatory treatment to investments of investors, to goods and to service providers of another Party in its purchase or sale of the monopoly good or service in the relevant market; and
(d) does not use its monopoly position to engage, either directly or indirectly, including through its dealings with its parent, its subsidiary or other enterprise with common ownership, in anticompetitive practices in a non-monopolized market in its territory that adversely affect an investment of an investor of another Party, including through the discriminatory provision of the monopoly good or service, crosssubsidization or predatory conduct.
4. Paragraph 3 does not apply to procurement by governmental agencies of goods or services for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods or the provision of services for commercial sale.
5. For purposes of this Article "maintain" means designate prior to the date of entry into force of this Agreement and existing on January 1, 1994.
Article 1503: State Enterprises
1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from maintaining or establishing a state enterprise.
2. Each Party shall ensure, through regulatory control, administrative supervision or the application of other measures, that any state enterprise that it maintains or establishes acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under Chapters Eleven (Investment) and Fourteen (Financial Services) wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges.
3. Each Party shall ensure that any state enterprise that it maintains or establishes accords non-discriminatory treatment in the sale of its goods or services to investments in the Party's territory of investors of another Party.
Article 1504: Working Group on Trade and Competition
The Commission shall establish a Working Group on Trade and Competition, comprising representatives of each Party, to report, and to make recommendations on further work as appropriate, to the Commission within five years of the date of entry into force of this Agreement on relevant issues concerning the relationship between competition laws and policies and trade in the free trade area.

Os artigos 1501 e 1504 do Acordo versam sobre concorrência. Aquele obriga as partes a adotar e manter medidas que combatam condutas anticompetitivas; enquanto este determina criação de Grupo de trabalho sobre Comércio e Concorrência, com competência para relatar e recomendar.

CAPÍTULO V - COMPARAÇÃO ENTRE OS DIREITOS CONCORRENCIAIS, EM MATÉRIA DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESA, DO BRASIL, DA FRANÇA E DO MÉXICO; E DO MERCOSUL, UNIÃO EUROPEIA E NAFTA.

I. Comparação entre países

a) Antecedentes da preocupação concorrencial

No Brasil, a primeira peça de cunho concorrencial foi a Lei Malaia (Decreto-Lei nº 7.666/1945), de natureza administrativa, influenciada pelo *Sherman Act*. Embora tenha tido apenas valor histórico em razão de sua fugaz vigência, introduziu o conceito de "abuso de poder" e repercutiu na Constituição Federal de 1946, cujo artigo 148, além de dar dignidade constitucional ao direito antitruste, firmou sua característica administrativa.

Na França, o que permitiu o aparecimento e a evolução do direito concorrencial foi a revolução liberal e industrial do século XIX. A jurisprudência, fonte primeira desse direito, a partir de finais do citado século, sancionou a concorrência desleal, com base no direito comum de responsabilidade, inscrito no código civil, evoluindo daí, progressivamente, para a teorização de cláusulas contratuais de não-concorrência. Contudo, o moderno direito da concorrência apareceria, por meio legislativo, na segunda metade do século XX.

No México, a constituição conhecida como *Bases Organicas*, de 1843, proibia privilégios e continha disposições sobre concorrência. A Constituição de 1857 proibia, categoricamente, os monopólios e a vigente Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 1817, desde sua versão inicial, em seu artigo 28, proibia monopólios. Várias leis regulamentadoras do referido artigo constitucional, definiram e trataram do combate a monopólios; trataram dos *estancos* e de condutas anticompetitivas e tipificaram e apenaram com sanções penais, certas condutas.

Nota-se que os antecedentes da preocupação concorrencial tiveram lugar na França e no México em meados do século XIX, enquanto que no Brasil, praticamente, um século após. Seguindo costume dos países latino-americanos, de constitucionalização

de grande número de matérias, no Brasil e no México, os antecedentes antitruste passaram a figurar nas constituições. Diferentemente, os antecedentes franceses possuíam guarida no código civil. Na França, eles figuraram na jurisprudência e somente depois na legislação; já no Brasil e no México, na legislação. Desde as origens, ficou claro no Brasil a caracterização administrativa do direito concorrencial. Finalmente, o direito antitruste brasileiro filia-se, diretamente, ao direito dos Estados Unidos da América - *Sherman Act*; ao passo que nos outros dois países foi oriundo de ideias filosófico-políticas correntes nos respectivos territórios.

b) Legislação concorrencial

No Brasil, somente em 1962, a Lei nº 4.137 implementaria a determinação da Constituição de 1946. Na senda da legislação estadunidense, pugnava pela liberdade de mercado e pela concorrência, como meio de luta contra o poder de grandes grupos econômicos, em favor do consumidor.

Na França, marcam o início do direito concorrencial, as *Ordonnances*, de 1945, sobre preço, processo e repressão de infrações à legislação econômica; bem como o Decreto-Lei sobre manutenção e restabelecimento da livre concorrência industrial e comercial, de 9 de agosto de 1953. Este decreto-lei foi concebido sob o influxo do então novel direito comunitário europeu.

No México, o que deu início ao arrefecimento dos monopólios públicos e da fixação oficial de preços de numerosos produtos, assim como à modernização de suas leis foi o início das negociações que levaram ao TLCAN. O real começo da legislação concorrencial no México foi a provação da Lei Federal de Concorrência Econômica, de 1992.

Os marcos iniciais do direito concorrencial no Brasil e na França situam-se em meados do século XX; enquanto que no México, no final desse mesmo século. Com exceção do Brasil, os dois outros países o fizeram, urgidos pelos blocos econômicos de que fazia parte ou a que deseja aceder.

c) Legislação sobre concentração

No Brasil, o controle de concentrações foi objeto dos artigos 2º e 74 da Lei nº 4.137/1962, que também criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), além de regras de cunho administrativo e processual. Entretanto a efetividade dessa lei foi relativa, face ao cenário de alta inflação e forte presença do Estado, que estimulava a substituição de importações e controlava preços.

Na França, a Lei nº 77.806/1997, conhecida como lei sobre controle de concentrações econômicas, justamente por ter estabelecido tal controle. Ela criou, ademais, a Comissão de Concorrência, competente para pronunciar-se sobre questões concorrenciais, incluindo concentrações.

No México, como parte do esforço de atualização legislativa que lhe permitisse participar do TLCAN, veio a lume, em 1992, a Lei Federal de Concorrência Econômica que, além de instituir a Comissão Federal de Concorrência (CFC), dispôs sobre análise de concentrações.

Formalmente, o Brasil, em 1962, foi o primeiro, dentre os países comparados, a estabelecer o controle de concentrações; visto que os dois outros somente o fariam na última década do século XX.

d) Evolução das leis concorrenciais e relativas à concentração

No Brasil, as Constituições Federais de 1967 e 1969 recepcionaram a Lei nº 4.137/1962 e a vigente Constituição de 1988, inscreveu a livre concorrência entre os princípios da ordem econômica. A Lei nº 8.884/1994 buscou remediar o retrocesso praticado pela Lei nº 8.158/1991, tendo buscado um novo modelo institucional, criado o compromisso de cessação e redefinido critérios para a imposição de multas. Dentre as modificações sofridas por essa lei, aponte-se a criação do acordo de leniência, uma forma de delação premiada. A principal mudança trazida pela Lei nº 12.529/2011, ora em vigor, foi a introdução obrigatória da notificação prévia dos atos de concentração, embora tenha efetuada alterações orgânicas e legais de monta.

Na França, a mudança do antigo para o novo regime, operou-se com a *Ordonnance* de 1º de dezembro de 1986, sobre liberdade de preço e da concorrência. A

partir daí a base da economia francesa deixa de ser a criminalização, passando a ser a competição concorrencial. Foi criado o Conselho da Concorrência. As principais modificações desse diploma legal, antes de ser codificado no Livro IV do Código de Comércio, foram devidas: (i) a Lei Gallant nº 96-588, de 1996, sobre a lealdade e o equilíbrio das relações comerciais; (ii) a Lei RNE, sobre novas regulações econômicas, de 2001, que modernizou o direito concorrencial, deixando o controle de concentrações mais sistemático e transparente; e (iii) a Lei LME nº 2008-776, de 2008, relativa à modernização da economia, que criou a Autoridade da Concorrência; além da *Ordonnance*, de 13 de novembro do mesmo ano.

No México, importantes alterações à Lei Federal de Concorrência Econômica, de 1992, ocorreram em 2006 e 2011, exemplificativamente, modificações dos umbrais para a notificação de concentrações e introdução da figura de desincorporação de ativos. Embora de 1992 a 2011, tenham sido fixados as bases do moderno direito antitruste mexicano, a reforma constitucional de 2013 modificou o artigo 28 da Constituição, estabelecendo a Comissão Federal de Concorrência Econômica, como órgão constitucional autônomo.

Característica presente nos três países comparados foi o sucessivo aperfeiçoamento do instrumental legal, representado por emendas e adições às leis existentes ou pela promulgação de novas leis. Por outro lado, há um sentimento de que as atuais leis concorrenciais desses países, representam evolução e tendem a ser duradouras. Continua a ser notada a tendência, nos direitos brasileiro e mexicano, de legislação concorrencial, ancorada na constituição; enquanto que na França, a âncora é o código de comércio.

e) Notificação prévia dos atos de concentração

O primeiro diploma legal do Brasil a introduzir o conceito de atos de concentração foi a Lei nº 8.884/1994, que, no § 4º, de seu artigo 54 determinava que os atos de concentração objetos do *caput* desse artigo "deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo de quinze dias úteis de sua realização". Na prática, entretanto foram raríssimos os atos apresentados *ex ante*; tornando-se praxe a apresentação posterior.

O aspecto que causou maior discussão quando do projeto de lei que desaguou na Lei nº 12.529/2011 foi a obrigatoriedade da notificação prévia dos atos de concentração e a não concretização da operação até seu julgamento pelo CADE. Conforme seu artigo 88, § 2º e § 9º, o controle dos atos de concentração será prévio e efetuado no máximo em duzentos e quarenta dias, com regras estritas para a sua prorrogação.

Na França, o controle específico de concentração iniciou-se com a Lei nº 77.806, de 1977, que já determinava a necessidade de notificar os atos antes de sua realização, tal qual consta, hoje, do artigo L430-3 do Código de Comércio.

No México, a Lei Federal de Concorrência Econômica de 1992 descreveu os elementos para a análise de concentração e determinou que a notificação fosse prévia. Essa modalidade de apresentação foi mantida pela legislação posterior.

Embora a Lei brasileira nº 8.884/1994 apresentasse uma alternativa, colocando em primeiro lugar - o que significava preferência -, a apresentação prévia; na prática, quase sempre, era escolhida a alternativa de apresentação *a posteriori*. A promulgação da Lei nº 12.529/2011 trouxe o Brasil de volta à norma, em voga internacionalmente, de obrigatoriedade da apresentação antecipada, já aceita pelas legislações francesa e mexicana.

f) Evolução dos órgãos antitruste

No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi criado pela Lei nº 4.137/1962, como órgão de Estado, administrativo e judicante; com jurisdição em todo o território nacional. Suas decisões passaram a ser relevantes para o direito antitruste e mais conhecidas do público em geral, décadas após, graças ao advento da estabilidade econômica, da liberalização comercial e da privatização de setores econômicos de importância.

A Lei nº 8.158/1991 estabeleceu a Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico (SNDE), órgão de governo, no âmbito do Ministério da Justiça, com competência de apuração e repressão, concorrentes com as do CADE; ao qual restou, privativamente, a competência de julgar.

A Lei nº 8.884/1994 transmutou o CADE em autarquia, recompôs a competência dele, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) e deu competência concorrencial à Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda. Essa tríade somente não foi deletéria, graças à colaboração estreita que passou a existir entre eles. A lei em comento criou o compromisso de cessação e determinou que as decisões do CADE não seriam suscetíveis de revisão no âmbito do poder executivo; sendo executórias junto ao poder judiciário.

A Lei nº 12.529/2011 aperfeiçoou a estrutura. Passaram a ser órgãos do CADE, a Superintendência-Geral, o Departamento de Estudos Econômicos e a Secretaria de Direito Econômico. A Seae deixou de instruir processos antitruste e dedicou-se à advocacia da concorrência. Tais mudanças contribuíram para a eficiência e a agilidade dos atos de concentração.

Na França, a Lei nº 77.806/1977 criou o controle de concentrações e transformou a Comissão Técnica *de Acordos*, estabelecida em 1953, em Comissão de Concorrência, competente para opinar sobre questões concorrenciais, inclusive sobre projetos de concentração. A *Ordonnance*, de 1º de dezembro de 1986, marco inaugural do moderno direito concorrencial francês, criou o Conselho da Concorrência, com poder administrativo de decisão e de sanção, outrora detido pelo ministro da Economia; sendo que, pela Lei, de 6 de julho de 1987, a competência contenciosa do Conselho foi transferida para o judiciário. A Autoridade da Concorrência seria criada pela lei LME nº 2008-776, de 2008. Tal órgão recebeu competência investigatória, tendo passado a controlar as operações de concentração, anteriormente afetas ao ministro da Economia.

No México, a Lei Federal de Concorrência Econômica, de 1992, instituiu a Comissão Federal de Concorrência Econômica (CFC), órgão administrativo da Secretaria de Comércio e Fomento Industrial. As reformas constitucionais de junho de 2013, criaram a Comissão Federal de Concorrência Econômica (COFECE), órgão constitucional autônomo, de que dependem a prevenção, a investigação e o combate de monopólios; bem como as concentrações de mercado; competências essas insculpidas na própria Constituição e na Lei Federal de Concorrência Econômica, de 2014.

As entidades antitruste dos três países comparados apresentaram evolução orgânica e aumento de competência, à medida que o respectivo mister de controlar as concentrações era realizado e se percebiam melhoras que poderiam ser adotadas.

g) **Os órgãos atuais de concorrência**.

No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é entidade judicante, com jurisdição em todo o território nacional, composto por três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Recursos da decisão do Tribunal vão para a Justiça Federal de primeira instância.

O Tribunal é constituído pelo presidente e seis conselheiros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovação pelo Senado Federal, para mandato de quatro anos, vedada recondução; dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e de reputação ilibada. Dentre a ampla competência do Tribunal, figura: aprovar acordo em controle de concentração e apreciar processos administrativos de concentração econômica. O Superintendente-Geral é nomeado da mesma maneira e preenchidos os mesmos requisitos que os conselheiros, para mandato de dois anos, permitida uma única recondução. O Economista-Chefe do Departamento de Estudos Econômicos é nomeado por decisão conjunta do presidente do Tribunal e do superintendente-geral, dentre brasileiros com reputação ilibada e notório conhecimento econômico. Junto ao CADE, funciona Procuradoria Federal.

Na França, a Autoridades da Concorrência é órgão administrativo, independente, com sede em Paris, competente para analisar e regular a atividade concorrencial dos mercados e controlar práticas anticoncorrenciais e operações de concentração, podendo executar suas próprias decisões. Embora não sendo jurisdição exara pareceres, toma decisões, emite ordens e aplica sanções. Recursos de suas decisões vão para a Corte de Apelação de Paris ou para a Corte de Cassação.

É composta por dezessete membros, nomeados para mandato renovável de cinco anos. Seis de seus membros devem ser escolhidos entre antigos membros do Conselho de estado, da Corte de cassação ou da Corte de Contas; cinco entre especialistas em economia, concorrência ou consumo e cinco entre técnicos e profissionais liberais. A comissão permanente da Autoridade é composta pelo presidente e quatro vice-presidentes. A instrução processual é dirigida pelo relator-geral e feita por investigadores e relatores. Funciona junto à Autoridade, um comissário do governo.

A Competência da Autoridade é nacional e comunitária; sendo ampla sua competência consultiva, aberta a órgãos governamentais, mas não a particulares. No México, compete à Comissão Federal de Concorrência (COFECE), em suma: determinar medidas para eliminar as barreiras à livre concorrência; regular o acesso a insumos essenciais; determinar a desincorporação de ativos, direitos, quotas sociais autorizar ou objetar as notificações de concentração apresentadas, previamente à sua realização, pelos agentes econômicos; determinar "*la práctica de verificación*" para comprovar a existência de práticas monopolísticas; e sancionar as práticas monopolísticas com multas ou percentagem de faturamento. Os procedimentos da COFECE podem ser classificados em sancionadores, especiais ou preventivos; nesses últimos inserem-se o controle de concentrações.

A COFECE é formada por nove comissários, um dos quais é seu presidente. Possuem mandato de nove anos e são escolhidos dentre especialistas na matéria, conforme o seguinte trâmite. Há, inicialmente, uma convocação pública, feita por comissão de avaliação, formada por funcionários do Banco do México, Instituto Nacional de Geografia e Estatística e Instituto Nacional para a Avaliação da Educação, que verificará o cumprimento dos requisitos e aplicará uma prova de conhecimento. Feito isso, a Comissão remeterá listagem ao Executivo Federal, em que constam os candidatos mais qualificados. Dentre esses, o Presidente escolherá um nome, a ser remetido para o Senado Federal, para ratificação, mediante voto afirmativo de, ao menos dois terços dos membros. Aos comissários é proibido participar em procedimentos investigatórios.

Nos três países, os órgãos dedicados à concorrência possuem natureza administrativa. No que se refere à duração do mandato dos membros da autoridade de concorrência, o Brasil é o mais parcimonioso: 4 anos, enquanto França e México, respetivamente, cinco e nove. Relativamente aos requisitos para nomeação, os dois outros países, são mais exigentes do que o Brasil, mormente levando em conta como a interpretação que tem sido dada à exigência de notório saber e reputação ilibada.

h) Procedimento do controle de concentração

No Brasil, o ato de concentração, devidamente instruído, que for apresentado, poderá ser objeto, por parte do superintendente-geral, quer de aprovação liminar, por não reconhecer ofensa à concorrência; quer de determinação de diligências. Findas estas,

caberá ao mesmo superintendente, aceitá-las, mandá-las refazer ou, ainda declarar a complexidade do caso. Neste último caso, será possível a determinação de instrução complementar e diligências; ficando prorrogado o prazo de duzentos e quarenta dias. Terminadas as instruções complementares, o superintendente-geral, pode aprovar o ato de concentração sem restrições ou impugná-lo ante o Tribunal; pleiteando sua rejeição, sua aprovação com restrições ou, ainda, a falta de elementos conclusivos com relação aos respectivos efeitos no mercado. Nesse caso, será sorteado relator do Tribunal, que poderá, a final, encaminhar voto tendente à aprovação integral, rejeição ou aprovação em parte. Em havendo aprovação pelo superintendente-geral, cabe recurso ao Tribunal por parte de terceiros interessados ou agência reguladora; além de poder haver avocação pelo Tribunal, para proceder ao julgamento.

Na França, feita a notificação à Autoridade, previamente à realização da operação, segue-se exame sucinto (fase 1), no prazo de vinte e cinco dias, que pode resultar: (i) na consideração de operação não notificável; na autorização da concentração, com ou sem obrigações; ou no envio a exame aprofundado (fase 2). Nesta fase, que pode durar sessenta e cinco dias, verifica-se a natureza da operação e eventual ocorrência de risco à concorrência, sem que se exijam eficiências compensatórias. Tal fase termina com a proibição ou permissão da operação, incondicionalmente ou não. Em dois meses, partes e terceiros interessados podem recorrer da decisão ao Conselho de Estado.

No México, feita a notificação, documentadamente e por escrito, da intenção de concentrar-se, a COFECE terá prazo de quarenta e cinco dias, findos os quais, sem que haja objeção, ter-se-á o ato como aprovado. O presidente da COFECE poderá, em casos de complexidade excepcional, ampliar o prazo para sessenta dias. A decisão da Comissão deve ser fundamentada e motivada.

Muito embora, os procedimentos para controlar as concentrações difiram entre os três Estados, pode-se divisar preocupação comum, em fazer com que haja a possibilidade de julgar mais rapidamente os casos menos complexos, abrindo para os mais complexos procedimentos mais alargado no tempo, além de possibilidade de comprovação e diligências.

i) Leis concorrenciais vigentes. Sua regulamentação, guias etc.

No Brasil, a lei antitruste vigente - Lei nº 12.529/2011 -, constitui um aperfeiçoamento da Lei nº 8.666/1994, que teve muitos de seus dispositivos mantidos. No referente à lei antiga e à vigente, embora inexistentes leis regulamentadoras, o CADE exarou resoluções, inclusive sobre concentrações.

O sistema francês de legislar difere em muitos pontos do sistema brasileiro. A principal discrepância reside na *Ordonnance* (que, grosso modo, se assemelha ao antigo decreto-lei ou à atual medida provisória brasileira), e, uma vez ratificada pelo Parlamento, adquire o status de lei, passível de ser inserida em Códigos. Por exemplo, no caso das leis sobre matéria concorrencial elas podem ser inseridas no Código Comercial. A atual legislação concorrencial francesa foi introduzida no Código de Comércio, Título III, denominado "Da Concentração Econômica", cuja parte legislativa é composta pelos artigos L430-1 até L430-10 e a parte regulamentar pelos artigos R430-2 até R430 nº10. Entretanto, por ser membro da União Europeia, a legislação concorrencial comunitária, quando aplicável, vige também no território francês.

Com o intuito de facilitar a aplicação da legislação sobre concentrações, a Autoridade da Concorrência exarou as Linhas Diretrizes sobre Controle de Concentrações, em 2009 explanado em seis partes e trezentos e quinze páginas todos os aspectos do controle em questão. A última revisão data de 2013.

Embora, obviamente, não possuam valor normativo, as Linhas constituem repositório precioso para bem poder entender, colocar em prática e interpretar as normas francesas sobre concentrações.

No México, o cerne da legislação concorrencial encontra-se no artigo 28 da Constituição, que é um texto longo, não dividido em artigos, mas em parágrafos não numerados. A última reforma sofrida por tal artigo data de junho de 2013. A lei infraconstitucional vigente é a Lei Federal de Concorrência Econômica, de 1992, com artigos e incisos, semelhante, formalmente, à maneira de legislar brasileira. O capítulo III da lei, que contém os artigos 16 a 22 trata das concentrações; enquanto que o capítulo IV (artigos 23 a 29) - refere-se à Comissão Federal da Concorrência. O Regulamento da Lei Federal de Concorrência Econômica e o Manual de Organização da Comissão Federal de Concorrência diz mais respeito à aspectos formais e organização, do que à regulamentação de dispositivos de mérito.

Dos três países comparados, a França é a que fornece mais apoio "regulamentar" para a correta aplicação da lei antitruste. No que tange ao assunto da presente dissertação, as Linhas Diretrizes sobre Controle de Concentrações são de grande e efetivo auxílio.

j) A Doutrina dos países

A doutrinas nos três países é farta e realiza a exegese tanto dos textos legais, quanto dos julgados. Embora seja difícil mensurar, de maneira objetiva, parece haver maior disponibilidade doutrinária na França. No Brasil, à medida em que o tempo passa desde a entrada em vigor da vigente lei, há mais comentários doutrinários sobre ela.

k) A Jurisprudência dos países

Os casos de controle de concentração nos três países têm sido frequentes, abrangendo muitas vezes, casos que não necessitariam ser escrutinados, por não possuírem risco à concorrência. Por isso, nos três países, a legislação foi sendo modificada, elevando-se os limiares para notificação, com intuito de diminuir os casos de notificação obrigatória. Outra razão para tanto, foi a preocupação com a necessidade de maior dedicação às condutas anticoncorrenciais, em especial o cartel, que passaram a desfrutar do maior tempo que os órgãos antitruste passaram a dispor, com a diminuição de casos de concentração.

Não é infrequente a citação de decisões jurisprudenciais norte-americanas e europeias, para embasar julgamentos feitos pelos órgãos administrativos dos países comparados. Em se tratando de decisões de países estrangeiros e de organizações internacionais de que o Estado não faz parte, a princípio, não teria cabimento essa fundamentação. Justificativa para tanto pode ser encontrada, de um lado, na origem comum do direito antitruste; e, de outro, no fato de as questões antitruste, embora processadas e julgadas por órgãos nacionais, serem emanações, em determinado país, de fenômeno, nos mais das vezes, transnacionais.

Nos três países comparados, mas especialmente no Brasil, percebe-se, crescentemente, à medida que o tempo passa, um maior cuidado com a fundamentação e a formalização jurídica das decisões. Certamente tal se deve, em grande parte, ao fato de que as decisões dos órgãos antitruste, de natureza administrativa, são recorríveis a juízes e tribunais, que dão particular ênfase a esses aspectos.

II. Comparação entre Blocos Econômicos

a) Objetivos dos blocos econômicos

Cada organização internacional intergovernamental regional de integração econômica, ou mais sucintamente, cada bloco econômico, possui seu próprio ordenamento jurídico, aplicável, em princípio, nos limites geográficos da organização, quanto o ato ou fato jurídico alcançar mais de um país membro. Entretanto, as características desse ordenamento jurídico variam também em função da finalidade de cada bloco de integração.

O MERCOSUL, desde seu tratado original, estabeleceu como meta chegar a um mercado comum, embora ainda não tenha passado do estágio de união aduaneira imperfeita.

A União Europeia, iniciou como comunidade econômica e, paulatinamente, chegou a mercado comum, tendo, com o passar do tempo, ultrapassado os limites de mero bloco econômico, para ter significação política mais ampla.O TLCAN fixou e alcançou sua meta de zona de livre comércio.Quanto mais ambiciosos forem os objetivos do bloco econômico, mais invasivas serão as leis de integração, inclusive no que tange à legislação antitruste.

b) Preocupação antitruste nos blocos

O MERCOSUL, cujo tratado constitutivo data de 1991, embora objetive a formação de um mercado comum, alcançou, até o momento, o status de união aduaneira

imperfeita. No Tratado de Assunção, há referência, de caráter programático às regras concorrenciais, em seu artigo 4º, *in fine*. Foram concluídos o Protocolo de Regulação para a Defesa da Concorrência (CMC nº 18/1996) e seu Regulamento (Diretriz CCM nº 01/2003); ambos influenciados pelo direito comunitário europeu. Entretanto, o referido protocolo não chegou a entrar em vigor, devido à ausência de ratificação da Argentina e do Uruguai, tendo sido revogado (Decisão CMC nº 43/2010).

Face a isso, outros caminhos foram trilhados: (i) em 2006, foi aprovado o entendimento sobre Cooperação entre Autoridades de Concentrações Econômicas (Decisão CMC nº 15/2006); (ii) em 2010, validou-se o Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, com trinta e dois artigos; ainda não vigente, por aguardar internalização por parte de Estados-Membros.

A Comunidade Econômica Europeia, instituída por tratados na década de 50 do passado século, evoluiu até se tornar, atualmente, a União Europeia, A preocupação concorrencial estava presente no preâmbulo e em artigos do Tratado de Roma, de 1957. Seus artigos 81 e 82 serviram de base para intentar o controle de concentrações no caso *Continental Can*. Em 1989, aprovou-se o primeiro regulamento europeu de controle de concentrações (Regulamento CEE nº 4064/1989), modificado posteriormente (Regulamento CE nº 139/2004) e regulamentado pelo Regulamento (CE) n 802/2004, além de *guidelines*.

O controle de concentrações comunitário pode ter duas fases. A maioria das operações notificadas exaure-se nessa primeira fase, quer por ser isenta de notificação, quer por não apresentar risco concorrencial. A segunda fase, que possibilita análise aprofundada encerra-se com a aprovação ou não, suscetíveis, por seu turno de recurso à jurisdição comunitária.

O Tratado de Livre Comércio da América do Norte (TLCAN), concluído entre Estados Unidos da América, Canadá e México, concluído em 1992, entrou em vigor dois anos após. Não era seu objetivo estabelecer leis que fossem hierarquicamente superiores às dos Estados-Membros, nem muito menos órgãos supranacionais; mas sim criar área de livre-comércio na América do Norte, o que já se concretizou. No capítulo V do tratado, intitulado “Política de Concorrência, Monopólios e Empresas Estatais”, o artigo 1501 obriga as partes a estabelecer medidas que combatam as condutas anticompetitivas; e o artigo 1504 manda que seja criado grupo de trabalho sobre comércio e concorrência, competentes para relatar e recomendar.

A preocupação concorrencial de cada bloco econômico está na razão direta das finalidades de integração que tenha. Daí, de um lado, o forte aparato orgânico e legislativo concorrencial da União Europeia, que, inclusive, permeia o direito interno dos membros; e, de outro, a rarefação existente no TLCAN. A problemática do MERCOSUL é *sui generis*, pois involuiu de uma proposta concorrencial comunitária, para a mera regulamentação de colaboração antitruste por parte dos membros.

c) Influência dos blocos nos países membros

Ao iniciar-se o MERCOSUL, de seus quatro membros, apenas o Brasil e a Argentina possuíam legislação anticoncorrencial, incluindo controle de concentrações. A participação no bloco, fez com que Uruguai e Paraguai também editassem regras antitruste. Não tendo entrado em vigor e posteriormente sido revogado, o Protocolo de Fortaleza, que consagrava regulação vertical, de cima para baixo, a moda da União Europeia, por já possuírem regras nacionais de concorrência, foi possível aos países do MERCOSUL, aprovar colaboração mútua, na Forma do Acordo de Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência, de 2003; do Entendimento sobre Cooperação para o Controle de Concentrações de 2006; e do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL de 2010. No seio da União Europeia, órgãos comuns, entre os quais o encarregado da aplicação da lei antitruste, por força do princípio da subsidiariedade, delegam competência às respectivas autoridades nacionais, reservando para serem tratadas a nível da comunidade, somente questões fundamentais. Assim, a aplicação das regras concorrenciais europeias cabe à autoridade "mais bem colocada para conhecer o caso", que pode ser autoridade concorrencial nacional de país-membro. Casos podem ser tratados pela Comissão Europeia ou por autoridade nacional, com participação ou não de autoridades de outros países-membros; ou, ainda paralelamente, por várias autoridades nacionais. As regras concorrenciais dos Estados-Membros da União Europeia são grandemente influenciadas, tanto no teor, quanto na forma, pelas regras europeias sobre o assunto.

A visão antitruste da União Europeia começou a influenciar o direito concorrencial de seus países-membros, desde o início do bloco. No caso da França, tanto o restabelecimento da livre concorrência industrial e comercial, feita pelo Decreto-Lei de

9 de agosto de 1953; quanto a modernização do direito concorrencial, em 2004, pela *Ordonnance*, de 4 de novembro de 2004, foi influenciada pelos tratados e instituições comunitárias.

No que tange ao TLCAN, como os Estados Unidos da América e o Canadá já possuíam direito concorrencial corporificado, sua maior influência recaiu sobre o México, que, para poder candidatar-se ao bloco econômico, teve de modernizar sua economia, diversificar suas exportações e atualizar seu direito econômico o que engloba o concorrencial. Esse esforço é retratado na exposição de motivos do projeto que resultou na Lei Federal de Concorrência Econômica, de 1992, que, *inter alia*, instituiu a Comissão Federal de Concorrência Econômica.

A influência do MERCOSUL e do TLCAN em seus respectivos países membros foi semelhante. A existência do primeiro fez com que Uruguai e Paraguai fossem incentivados a possuir regras nacionais antitruste; o mesmo aconteceu com o México, em razão da entrada no TLCAN. Com relação à União Europeia, os direitos nacionais concorrenciais foram moldados consoante o direito antitruste comunitário; havendo verdadeira simbiose entre ambos, mesmo no que diz respeito à sua aplicação.

d) Notificação prévia dos atos de concentração

Inexistindo no MERCOSUL regulamentação do bloco acerca de concentrações, não há que se falar em notificação, prévia ou *a posteriori*, de atos de concentração. No âmbito da União Europeia, a notificação é prévia, antes da realização da operação, quando o ato em tela for passível de notificação.

O TLCAN não é explícito sobre a questão, contudo pelo fato de o México ter adotado a notificação prévia sob o influxo desse Tratado e das praxes do bloco, pode-se concluir pela preferência à notificação *ex ante*.

CONCLUSÕES

Foram submetidas a estudos micro comparativos sincrônicos a legislação, a doutrina e a jurisprudência, relativas ao direito antitruste, em especial o referente às concentrações econômicas, de três Estados - Brasil, França e México -, pertencentes à grande família romanística ou romano-germânica, mas que participam de organizações internacionais intergovernamentais de integração econômica, distintas - MERCOSUL, União Europeia e TLCAN; sendo que, no caso das duas últimas, com países - Reino Unido, Estados Unidos da América e Canadá -, com estrutura legal predominantemente de *common law*.

Conclusões apontam para: (i) similitude do conteúdo legal sobre concentrações nos três países, tanto no que se refere ao direito material, quanto no referente ao processual; (ii) há igualmente similitude na estratégia legal da União Europeia e dos países comparados, em possibilitar níveis de exame diferenciados, por parte dos órgãos antitruste, para atos de concentração que não apresentem grande complexidade ou que a apresentem; (iii) muito embora, a forma das decisões dos órgãos antitruste dos três países comparados não difiram muito, as decisões mexicanas são mais formais e parecem seguir, mais estritamente, a legislação; (iv) papel determinante das organizações internacionais intergovernamentais de integração econômica na adoção de legislação antitruste nacional por parte de seus membros.

A explanação a seguir explica e fundamenta tais conclusões. A preocupação antitruste surgiu há cerca de cento e trinta anos, tendo as leis do Canadá e dos Estados Unidos da América influenciado a legislação concorrencial dos países em geral; enquanto que, as organizações internacionais regionais de integração econômica (União Europeia, TLCAN etc.), uma vez surgidas, passaram a exercer forte influência tanto na legislação dos países-membros, quanto na respectiva interpretação e aplicação. Dois outros fatores tiveram importância na disseminação do direito antitruste. Primeiramente, como já se viu anteriormente, as organizações internacionais regionais de integração econômica o fizeram, relativamente aos seus países-membros. Exemplo disso, foi a preocupação do Uruguai e Paraguai em exarar regras concorrenciais internas, após terem-se tornado partícipes do MERCOSUL; o mesmo tendo acontecido com o México depois de sua filiação ao TLCAN. Em segundo lugar, contribuiu para a adoção de regras antitruste, o

fato de organizações financeiras internacionais, como o Banco Mundial, de certa forma, condicionarem empréstimos etc., ao fato de os países tomadores, possuírem legislação concorrencial. Coube ademais, papel de peso à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e à Rede Internacional de Concorrência (ICN) que, com seus estudos e listagens de "boas práticas" no âmbito do direito concorrencial, contribuíram para divulgar, quer o direito concorrencial; quer seus parâmetros.

No Brasil, a obrigatoriedade de notificação prévia dos atos de concentração, antes de sua implementação, foi a principal inovação da Lei nº 12.529/2011, após ter sido o assunto mais discutido nos cerca de quinze anos em que durou o debate sobre os vários projetos de lei. Na realidade, a Lei nº 8.666/1996 possibilitava, tanto a apresentação prévia, quanto *a posteriori* do ato de concentração. Contudo o costume de apresentá-lo quase que unicamente depois de sua implementação, fez praticamente esquecer que a lei, então vigente, possibilitava as duas modalidades. Andou bem, a lei ora vigente em se juntar ao *main stream* das legislações - entre as quais a francesa e a mexicana -, que determina, salvo raríssimas exceções, que a apresentação deve ser anterior à implementação do ato de concentração, que somente pode ser efetuado depois da autorização do órgão competente.

O presente trabalho comparativo entre Brasil, França e México possibilitou a verificação de pontos positivos na legislação brasileira sobre concentrações, que merecem ser mantidos; assim como pontos fracos, que poderiam ser objetos de estudo e, possivelmente, de reforma legislativa.

Incontestável ponto positivo é a fato de a decisão do CADE ser imutável no âmbito administrativo, o que, em tese, permite uma solução mais isenta de argumentos políticos. A legislação francesa, inobstante avançada em termos gerais, traz ainda a possibilidade, incomum mesmo nos ordenamentos internos de países membros da União Europeia, de avocação do caso pelo ministro da Economia, para decidir com fundamentos alheios ao direito concorrencial.

Dentre os pontos em que o Brasil poderia aprender, figuram:

(i) Embora haja no Brasil a preocupação de, por meio de resoluções guias, etc., favorecer o correto cumprimento da legislação antitruste, uma comparação com o que é feito na França e mesmo no México, demonstra que podem ser, grandemente, aperfeiçoados tais lineamentos;

(ii) no Brasil, os requisitos para ser candidato a conselheiro do CADE e assemelhados, restringem-se a "cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada" (artigo 6º da Lei nº 12.529/2011). São muito mais exigentes e impessoais os requisitos para compor o órgão antitruste na França e no México. Naquele país, há exigência de experiência prévia em altos órgãos, como a Corte de Cassação etc.; enquanto que, no México, além de outros pressupostos, há provas para a habilitação. Presentemente, debate-se, no Brasil, se a escolha "dentre cidadãos ... de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 111, da Constituição Federal), a menos da maneira em que tais requisitos vêm sendo entendidos, são suficientes para assegurar, a competência e a independência dos detentores de cargos-chave. A possível discussão e adoção de pressupostos similares aos franceses e mexicanos podem ser de proveito;

(iii) Inobstante a lei concorrencial vigente do Brasil tenha dobrado o mandato dos conselheiros do CADE de dois, para quatro anos; ainda assim a duração e inferior aos dos homólogos nos órgãos concorrenciais da França e do México, respectivamente, cinco e nove anos. Duração maior do mandato dos conselheiros do CADE, contribuiria para a fixação de jurisprudência mais estável, com benefício para a certeza jurídica, de capital importância no mundo dos negócios;

(iv) no Brasil, por força de mandato constitucional (artigo 5º, inciso XXXV), as decisões do CADE, são recorríveis para a justiça federal de primeira instância. Muito já se discutiu a respeito, pois, para muitos, não parece adequado decisão de órgão colegiado especializado, embora administrativo, ser revisável por juiz monocrático de primeira instância. Uma das soluções já aventadas seria, emendar a Constituição Federal, para que o recurso fosse diretamente para o Superior Tribunal de Justiça. Em tal acontecendo, a solução seria semelhante ao que já é vigente na França, em que a competência para o exame do recurso a Corte de Apelação de Paris ou a Corte de Cassação;

As conclusões com referência aos blocos econômicos mostra, comprovadamente que:

(i)a influência do teor da legislação antitruste do bloco e tanto mais invasiva *vis-à-vis* aos Estados-membros, quanto mais ambicioso for o respectivo objetivo. A

União Europeia, cujo direito é, por vezes, supranacional, além de ditar o direito concorrencial da União, condiciona os direitos concorrenciais internos dos países-membros que, na realidade, acabaram por se moldar à imagem e semelhança do direito comunitário;

(iii) a falta de vontade política e a intergovernabilidade, vem sendo responsável - tudo é decidido pelo voto concordante de todos os Estados-membros - de que é dotada o MERCOSUL aliada a outras circunstâncias, vem sendo responsável, não somente pelo marasmo existente no bloco, mas também pela volta atrás, dada no tocante ao direito concorrencial, que deixou de lado a construção de um direito concorrencial do bloco (Protocolo de Ouro Preto), para aprovar regras meramente de colaboração entre os direitos concorrenciais nacionais.

Um estudo de direito comparado é útil, tanto para proporcionar certeza científica a hipóteses tidas como altamente prováveis, quanto para comprovar hipóteses que não eram de antemão imaginadas. Seu sucesso, portanto, independe do número ou da grandiosidade de seus achados, pois sempre mostrará um caminho com menos erros e mais acertos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JR., José Tavares de**. Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil**. **O Controle de fusões e aquisições**, Revista de Direito da Concorrência, CADE, 2006.

BAGNOLI, Vicente, **Breve Abordagem Comparada Teórico-Prática. Dos Aspectos Concorrenciais das Concentrações Verticais e a Contribuição de Steven Salop**, Revista do IBRAC, vol. 13, número 1, 2006.

BAREK, Michel e BLAZY, Sophie**. Les dispositions de la LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises**: quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration?. Contrats Concurrence Consommation, nº 11, novembro de 2008.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro e GUIMARÃES, Marcelo Cesar. **Direito Antitruste**: Do Tratado de Assunção ao Acordo de Defesa da Concorrência". Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9763616920135ae2> Acesso em: 18 jul 2016.

BEAUMEUNIER, Virginie. **Enquêtes de concurrence: point de vue de la Rapporteure générale de l'Autorité**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2009.

BRUNET, François e Girgenson, Ianis. **Le Nouveau Régime de Contrôle des Concentrations**: Les ambivalences d'une 'révolution antitrust' à la française", La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, nº 46, 14 de novembro de 2002.

BURE, Frédéric e Girgenson, Ianis. Le pouvoir d'untervention du ministre de l'Économie em matière de contrôle des concentrations. Revue Lamy de la Concurrance, janeiro/março de 2009.

CABRAL, Patrícia Semensato e MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE**. Revista de Direito Concorrencial, vol. 4 nº 1, maio de 2016.

CARMO, Elieser Francisco Severiano. **O Controle Concorrencial de Concentração como Instrumento de Implementação de Política Pública Estatal**. Franca, 2008, UNESP, Dissertação de Mestrado, S.C.P.

CARVALHO, Júlia Mendes. **A nova lei de concorrência e o impacto de suas mudanças nas análises de concentração pelo CADE**. Revista de Defesa da Concorrência, vol. I, nº 2, novembro de 2013.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo, Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem, Revista de Direito da Concorrência, vol.3, nº 2, novembro de 2015, p. 31/35.

CREUZ, Rodolfo Cruz e. **Há novos ventos na defesa da concorrência do Mercosul**. , Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 15 de setembro de 2011. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2011-set-15/novos-ventos-defesa-concorrencia-ambito-mercosul> Acesso em: 21 jul 2016.

DESCHAMP, Marc. **Instauration de l'autorité de concurrance**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2008, nº 17 p. 205.

FARIA, José Ângelo Estrella. **O Controle de Concentrações de Empresa Estrangeiras e a Lei nº 8.884**. A Extraterritorialidade Revisitada. 2009.

FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e Chicago**. Revista de Direito Concorrencial, vol. 2, nº 2, Novembro de 2014.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econõmico**. 2ª edição, Rio de Janeiro, 1997.

FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCESCHINI. José Inácio Conzaga. Condições Impostas pelo CADE à Aprovação de Atos de Concentração: Um Erro de Paradigma, 2004. <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/87844> Acesso em 28 de setembro de 2016.

GAST, OLIVIER. C**ommentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et du décret du 29 décembre 1986**. Le Petites Affiches, 29 de junho de 1987, nº 77.

GHEVENTER, **Alexandre, Política Antitruste e Desenho Institucional**, Revista de Direito Econômico, CADE, nº 31, janeiro/julho de 2000.

GUIMARÃES, Marcelo Cesar. **Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL**: o Acordo de Defesa da Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região. Revista de Direito da Concorrência, vol. 4, nº 1, maio de 2016.

HOEKMAN, Bernarde Mavroidis, Tetros C., Economic Developmente, competition policy and the WTO, Worl bank (Working Paper n. 2917), outubro 2002.

HOMOBONO, Nathalie. **LME, un an après: le point de vue du directeur de la DGCCRF**. Revue Lamy de la Concurre ce, outubro/dezembro de 2009.

HUBERT, Patrick. **Contrôle des concentrations et juge administratif français**. Revue Lamy de la Concurrence, 2005.

IDOT Laurence. **Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations** – Aspects du droit français", Revue Internationale de droit comparé, vol. 58, nº 3, 2006.

JENNY, Frédéric e WEBER, André Paul. **La politique française de concurrance**: nouvellés données et nouveaux problèmes, Revue d'Économie Industrielle, ano 78.

KRAKOWSKI, Michael. **Política de Competencia em Latinoamérica:** Uma Primera Apreciación. Nicaragua, Artes Gráficas, 2001.

LASSERE, Bruno. **Vers um contrôle indépendante des concentrations économiques**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2008.

LASSERE, Bruno. **Vers um contrôle indépendante des concentrations économiques**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2008.

LÉCUYER, Linda Arcelin. **Doit de la concurrence interne et européen**. (Leçon 10: Le contrôle *ex post* des concentrations économiques", Université Numérique Juridique Francophone. 2015

MAGALHÃES, Natácia Lopes, **As Fusões e suas Repercussões para os Consumidores e à Concorrência**. Revista de Direito da Concorrência, n. 24, setembro de 2011.

MALAURIE-VIGNAL, Marie. **Droit de la concurrence interne et européen**. (Capítulo 3º - Le contrôle des concentrations en droit interne et européen), 6ª edição, Sirey, Paris.

MARQUES, Fernando de Oliveira. **Aspectos Atuais do Mercado Relevante**. Revista de Direito da Concorrência. Brasília, 2003.

MARTINEZ, Ana Paula, **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento:** Uma contribuição jurídica para a análise de custo-benefício, Faculdade de Direito da USP, Dissertação de mestrado, 2008.

MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento**: Uma contribuição jurídica para a análise de custo-benefício, Faculdade de Direito da USP, Dissertação de mestrado, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Direito econômico na Constituição**. Revista de Direito Econômico nº 27, CADE, janeiro/julho de 1998.

MATTOS, César. **Harmonização das políticas antitruste**. Revista de Direito Econômico nº 27, CADE, janeiro/julho de 1998.

MONTENEGRO, Pedro, **Análise do âmbito de aplicação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul à luz da experiência comunitária europeia**. Revista de Direito Econômico, nº 31, 2000.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Monopólios e Acordos de não Concorrência na Antiguidade**. Revista de Direito Econômico, CADE, Brasília, DF, nº 32, jul./dez. 2001.

NERY, Daniel Christianini**. Prescrição e Decadência na Análise dos Atos de Concentração**. Brasília: Revista de direito e concorrência, 2009.

NOURISSAT, Cyril, Clavière-Bonnamour. **Droit de la concurrance**. Libertés de circulation. Droit de l'Union – Droit Interne", 4ª edição, Dalloz, Paris.

NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. **A Natureza jurídica dos compromissos de cessação realizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Revista de Direito Econômico, nº 31, CADE, 2000, jan./julho.

NÚÑEZ MELGOZA, Francisco Javier. **El Control de Concentraciones em la Nuena Legislación de Competencia: Ecolución y Perspectivas**. *in* Roldán Xopa, José et al, "*Derecho de la competencia en México"*, Ed. Porrúa, 2015.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização da Economia** (O Controle da Concentração de Empresas). São Paulo, Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico;** Editora Revista dos Tribunais; São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrênncia**.Rio de Janeiro, Renovar, 2004

OLIVEIRA, Gesner e Rodas, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais/Thompson Reuters, 2013.

OLIVIER. C**ommentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et du décret du 29 décembre 1986**. Le Petites Affiches, 29 de junho de 1987.

ORSONI, Gilbert. **Concentrations d'entreprises**. RTD Com., 2011.

PALOMINO, Frédéric. **Aspects économiques du contrôle des concentrations: ce que nous indiquent les lignes directrices de l"Autorité de la concurrence par rappport às l'approche communautaire**. Revue Lamy de Concurrence, 2010.

POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine. **Concentrations**. *in* "Répertoire du droit européen". Dalloz, 2016

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. Revista de Direito da Concorrência nº, CADE, 2005, abril/junho.

REDON, Denis e Nasser, Sara. **Lignes directrices révisées en matière de concentrations: précisions sur les opérations notifiables et le risque financier**. Recueil Dalloz, 2013.

ROCHA, João Luiz Coelho da. **Alguns Aspectos Heréticos da Lei Antitruste** (Lei 8.884/94), Revista de Direito Mercantil, Editora Revista dos Tribunais, 1995, nº 97, Janeiro-Março 1995.

RODAS, João Grandino e Fried, Jonathan T., **Competition and Cartels in the Americas.** Washington D.C., General Secretariat of OAS, 2005.

RODAS, João Grandino. **O Contrato associativo merece mais atenção da doutrina**. Revista Eletrônica Conjur, 25 de agosto de 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. As Condutas, São Paulo, Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As Estruturas**. São Paulo, Malheiros, 1998.

SANTACRUZ, Ruy. **Momento da Notificação de um Ato de Concentração**. Revista de Direito Econômico nº 31, CADE, janeiro/julho de 2000.

SELINSKY, Véronique, "**l'Autorité dee concurrence 'unique': une reforme à parfaire**", Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2008, nº 17 p. 96.

SÉLINSKY, Véronique. **Le déroulement des enquêtes de concurrence après la réforme résultant de la "LMA**. Revue Lamy de la Concurrance, outubro/dezembro de 2009.

SERNA DE LA GARZA, José Maria. **Influencia de la Constitución de Cádiz em México**. in BARCELÓ Rojas e Serna de la Garza, **Memorias del Seminário Internacional**: Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las Ideas Constitucionales de América Latina, Universidade Nacional Autônoma do México, 2013.

SERRABOU, Xavier Ginebra e CASTRILLÓN Y LUNA, Victor. **La Nueva Ley Federal de Competencia Económica**. Bosch, México, 2014.

SOLANA Senties, Enrique. **Ley de Competencia Económica**, El Cotidiano 190, março-abril de 2015, p. 63/70. Disponível em:<www. redalyc.org/pdf/325/32536845007.pdf;> Acesso 25 Ago 2016.

SZMID, Rafael. **O regime da prescrição punitiva e da análise do mérito concorrencial no controle de estruturas do CADE**. Revista de Direito da Concorrência, vol.2. nº 2, novembro de 2014.

TOUVET, Laurent. **Le contrôle des concentrations par le Conseil d'État**. Revue Française de Droit Administrative (RFDA) Dalloz, 2011

UNCTAD Closer multilateral cooperation on competition policy: the development dimension, Genebra, UNCTAD, 2002.

UNCTAD, Model Law on Competition. TD/RBP/CONF.5/7/ver.2, 2004.

VAZ, Isabel. **Aplicabilidade do Direito da Concorrência**. Revista de Direito Econômico nº 32, CADE, julho/dezembro de 2001.

VICENTE, Dário Moura, **Direito Comparado**, Coimbra, Almedina, 2012, vol. I.

VOGEL, Louis. **Droit de la Concurrence Européen et Français.** Juriscience, Paris, 2011.

WILHELM, Pascal e VEVER, Florent. **La notion de concentration em droit interne et communautaire: tentative de définition**. Contrats Concurrence Consommation nº 11, novembro de 2007.

ZWEIGERT, K. e Kötz H., **An Introduction to Comparative Law**, 3ª edição, Oxford, Clarendon Press, 1988.