

DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE CONJUNTO DE CONCENTRAÇÕES ENTRE BRASIL E ARGENTINA: UM FATOR DE SEGURANÇA JURÍDICA A SERVIÇO DO MERCOSUL

Viviane de Freitas Pereira de Oliveira¹

I. INTRODUÇÃO

A concentração de poder econômico é hoje uma realidade que demanda uma atenção especial por parte dos ordenamentos jurídicos em geral. Dessa realidade não se excetam os mercados integrados, nos quais se percebe que o controle de tais operações também demanda uma preocupação peculiar, já que as referidas estruturas são propícias a essas práticas. As concentrações giram em torno de uma dualidade entre efeitos positivos e negativos². Por essa razão, devem ser submetidas à análise, a fim de que sua compatibilidade com os interesses regionais seja verificada, uma vez que podem vir a representar riscos à livre concorrência, por meio da criação de obstáculos ao acesso ao mercado, pela independência de comportamento, pela ineficiência em relação aos consumidores, entre outros fatores. Assim, também se impõe aos blocos econômicos a regulação dessas operações, com o único intuito de garantir a concorrência e evitar atos lesivos aos próprios consumidores. Essa regulação serve, como revelam os próprios tratados constitutivos de blocos econômicos, ao objetivo comum visado³.

Ao se analisar a ordem jurídica comunitária acerca do controle de concentrações, verifica-se que a União Européia constatou a necessidade de uma disciplina específica, consubstanciada no Regulamento nº 4064/89 e alterações posteriores. No âmbito mercosulino, entretanto, observa-se que existe

¹ Mestranda em Integração Latino Americana. Mestrado em Integração Latino Americana. Universidade Federal de Santa Maria/RS.

² Maria Cecília Andrade, *Controle de Concentrações de Empresas*, São Paulo: Singular, 2002. p. 36, ilustra a importância do controle de concentrações ao referir que a preocupação justifica-se porque as concentrações podem gerar efeitos não apenas positivos, mas também negativos e, além disso, porque podem levar ao comprometimento do normal funcionamento do mercado, e ainda resultar na concentração do poder econômico nas mãos de poucos agentes. Segundo a autora, uma situação dessa espécie pode vir a comprometer o jogo da concorrência, deixando de existir “pressão concorrencial” no mercado, em prejuízo do sistema de liberdade econômica ou da livre concorrência. Nessa dualidade de efeitos é que se encontra o cerne do problema das concentrações de empresas.

³ Nesse sentido ver artigo 3º, alínea g) do tratado de Roma e parágrafo 7º do Preâmbulo do Tratado de Assunção.

uma escassa disciplina a respeito da matéria, a qual restringe-se, tão somente, ao artigo 7º da Decisão 18/96, a qual trata da defesa da concorrência como um todo, e estabelece quanto ao controle de concentrações prazo para adoção de normas comuns para controle de atos e contratos.

Nesse contexto, portanto, é que se destaca a importância de um controle conjunto por parte de Brasil e Argentina, hipótese ventilada em 14 de julho de 2003, quando divulgada a possibilidade de um acordo que seria firmado entre Brasil e Argentina na área de defesa da concorrência, o qual abrangeria a análise de atos de concentração com ênfase nos setores de energia elétrica, telecomunicações, combustíveis, farmacêutico, transporte aéreo, transporte rodoviário internacional e empresas de administração de planos de saúde. De acordo com a notícia, os dois Estados Partes passariam a adotar a uniformização dos procedimentos de análise das operações de fusão e de aquisição e de acompanhamento dos setores sob regulamentação governamental a partir do princípio da extraterritorialidade, o qual trata das operações empresariais ocorridas nas fronteiras dos países ou no exterior que tenham impacto em suas respectivas economias⁴.

Deve-se salientar que a importância do controle conjunto não serve somente ao fortalecimento do Mercosul, mas também a questões de segurança jurídica, em razão da competência estabelecida pela Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, Lei nº 8884/94 e pela Lei Argentina de Defesa da Concorrência, Lei nº 2156/99. Considera-se que tanto a legislação brasileira como a argentina estabelecem a sua competência para análise de atos que tenham sido praticados em seus territórios ou que neles tenham produzido efeitos. Essas disposições, que se relacionam ao princípio da extraterritorialidade, reforçam a importância de um controle conjunto, já que é fácil concluir que operações de concentração realizadas em um desses países venha a produzir efeitos no outro. Com isso, aplicando-se as legislações pertinentes, os dois ordenamentos jurídicos teriam competência para análise de uma mesma operação, criando-se, assim, além de um ônus às partes interessadas, ainda a possibilidade de decisões divergentes. Importa considerar, portanto, que a extraterritorialidade, adotada pelas duas legislações, ao mesmo tempo que autoriza a possibilidade do controle conjunto, aparece como argumento para a verificação de sua necessidade.

Nessa linha, então, é que se busca com esse trabalho demonstrar a importância de que Brasil e Argentina estabeleçam o controle conjunto. Para tanto, será desenvolvida uma análise das legislações nacionais em questão, assim como da disciplina existente no âmbito do Mercosul, a fim de apontar a

⁴ Notícia divulgada pelo Jornal gazeta Mercantil. Disponível em <http://www.mercosul.gov.br>. Acesso em 05 de agosto de 2003.

importância que o controle conjunto representa para o fortalecimento do bloco. A título ilustrativo, serão tecidas considerações acerca do balcão único vigente na União Européia e, a seguir, acerca do princípio da extraterritorialidade estabelecido pelas duas legislações.

II. AS LEGISLAÇÕES NACIONAIS EM QUESTÃO

Uma visão geral das legislações sobre defesa da concorrência importa ao estudo que ora se desenvolve, uma vez que proporciona a constatação de que houve, com a nova lei argentina de 1999, uma aproximação que permitirá o controle conjunto dos atos de concentração. Quando em vigor a lei anterior, de 1980, a hipótese tornava-se remota e pode-se dizer até impossível. Ocorre que ao contrário da lei brasileira de 1994, que já havia estabelecido a extraterritorialidade, a lei argentina anterior não adotava o princípio e, além disso, em muito se distanciava da brasileira, na medida em que apresentava um caráter essencialmente penal-econômico.

2.1 O tratamento dispensado pela legislação brasileira

No Brasil, a Constituição Federal de 1988⁵, em seu capítulo VII dispõe acerca da “ordem econômica e financeira”. Eros Roberto Grau⁶ define a ordem econômica como uma parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser) que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser). O autor faz essa definição, porque esclarece que mesmo antes das Constituições escritas pode-se dizer que havia nas sociedades uma ordem econômica, enquanto mundo do ser, referindo que as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a ‘forma’ do direito⁷. Conclui no sentido de que, o artigo 170 da Constituição brasileira, o qual fixa os princípios em que se fundam a

⁵ Dylle Campelo, *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: Uma Contribuição ao Mercosul*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. fl. 64, afirma que no contexto de uma Constituição que erige como fim da ordem econômica o assegurar a todos uma vida digna conforme os ditames da justiça social, teria de se estabelecer mecanismos de controle das atividades econômicas a fim de assegurar a prossecução de seus objetivos. E acrescenta: segundo o texto constitucional em tela, a liberdade de iniciativa só será legítima se exercida no interesse da justiça social, cabendo ao estado intervir todas as vezes que esta liberdade contrarie este interesse.

⁶ Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1998. p.53

⁷ *Ibid*, p. 53

ordem econômica deveria ser redigido de outra forma, ou seja, ao invés de constar em seu texto que “a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” deveria constar “a ordem econômica deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”.

Nessa linha, o artigo 170 da Constituição Federal Brasileira, na verdade, traça princípios que orientam a atividade econômica do país. Estabelece que a ordem econômica deverá estar fundada na livre iniciativa, prevendo como princípio orientador a livre concorrência, no inciso IV do mesmo dispositivo. Associando-se esses dois princípios⁸, constata-se que a ordem econômica brasileira buscará evitar a existência de obstáculos à atividade privada, garantindo, entretanto, o livre acesso ao mercado. Resulta dessa constatação que, por vezes, a livre iniciativa ver-se-á limitada pela necessidade de garantia da livre concorrência⁹. Nesse sentido, está o disposto no artigo 173, parágrafo 4º, segundo o qual “ a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados , à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Manifestação expressa do poder regulatório do Estado, o dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei nº 8.884/94, a qual disciplina a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada, entre outros, pelo ditame da livre concorrência. Esse diploma legal tem por função penalizar e impedir acordos que restrinjam a concorrência e que não tragam qualquer efeito benéfico para o mercado, controlar as tentativas de empresas dominantes ou monopolistas de abusar de sua posição, impondo obstáculos à entrada de novos concorrentes, assegurar a concorrência efetiva nos setores oligopolizados e controlar a integração de empresas para evitar a concentração dos mercados e a restrição da concorrência.¹⁰

A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência entrou em vigor em 11 de junho de 1994. Sua disciplina divide-se, conforme já salientado, em disposições de caráter preventivo e de caráter repressivo, de acordo com o que prevê o artigo 1º. Nos termos do artigo 2º, esta lei aplica-se às práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional ou que nele produzam ou possam produzir

⁸ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 251 O constitucionalista, citando Alexy, consigna que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Trata-se de resolver a colisão de princípios na dimensão do valor.

⁹ Paulo Caliendo da Silveira, *Defesa da Concorrência no Mercosul*. São Paulo: LTR. p. 44. O autor define a livre iniciativa como a inexistência de obstáculos à atividade privada e comercial e a livre concorrência como o livre acesso ao mercado, expressão que presume que o livre acesso deve ser garantido mesmo com limitações à livre iniciativa.

¹⁰ José Marcelo Martins Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, São Paulo: Saraiva, 2001. p.64

efeitos^{11 12}, adotando, portanto o princípio da extraterritorialidade.. No parágrafo 2º, esse mesmo dispositivo estabelece, no território nacional, o domicílio de empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil, filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado.¹³

Importa referir que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pelos três órgãos encarregados da defesa da concorrência: a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE -, do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico – SDE -, do Ministério da Justiça, ambas com função investigativa e analítica, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A referida legislação determina que os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. O CADE é uma autarquia¹⁴ federal, vinculada ao Ministério da Justiça, à

¹¹ José Inácio Gonzaga Franceschini, *Introdução ao Direito da Concorrência*, São Paulo: Malheiros, 1996. p. 34/35, esclarece que a Lei antitruste adotou a teoria da ubiqüidade. Segundo o autor, à exceção dos atos meramente preparatórios e os posteriores à consumação, em relação aos atos praticados alhures, basta à incidência da Lei de Defesa da Concorrência que qualquer parcela da atividade do acusado ou que qualquer efeito integrante do resultado da infração tenha se verificado no país.

¹² Na apreciação do ato de concentração nº 28/95, julgado em 19 de junho de 1996, o CADE afirmou sua competência para apreciar os atos de concentração que produzam ou possam produzir efeitos no Brasil. Cabe destacar trecho do voto do Conselheiro Relator Rodrigues-Chaves: “Da mesma forma que no Direito Penal, há certos atos, no direito da Concorrência, que embora praticados no estrangeiro afetam de tal forma o mercado interno que é como se fossem praticados no próprio território nacional: são as chamadas “práticas à distância”. Para estas, a lei brasileira adota, concomitantemente, a *teoria da ubiqüidade*, em que são combinadas a *teoria da atividade* e a *teoria do efeito*. Aplica-se, em conseqüência, a lei brasileira nacional mas àqueles que nele produzam ou possam produzir efeitos. Se configurarem esses atos infrações contra a ordem econômica brasileira, seus responsáveis deverão ser punidos de acordo com a lei brasileira independentemente do fato de já terem sido punidos ou, eventualmente, absolvidos no Exterior....”

¹³ De acordo com Maria Cecília Andrade, op. cit., p. 302, essa previsão visa a garantir a efetividade de suas decisões. À p. 303 ele esclarece que no cálculo do índice de concentração será considerado o faturamento bruto anual da empresa-mãe estrangeira.

¹⁴ Toshio Mukai, *Direito Administrativo Sistematizado*, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31/32. O administrativista define autarquia como “entes administrativos autônomos com personalidade jurídica de direito público, criadas por lei, com patrimônio próprio e atribuições típicas do Estado. Não possuem autonomia política, isto é, o poder de editar as suas próprias leis. Autonomia política somente têm a União, o Estado-Membro, o Município, dada pela Constituição. As autarquias possuem apenas autonomia administrativa ou auto-administração; administram-se a si mesmas sob controle meramente legal das entidades que as criaram, exercido sob a forma de correção finalística do serviço autárquico. Não há subordinação hierárquica

qual é atribuído tanto um poder-dever de reprimir os abusos de poder econômico, quanto de preveni-los¹⁵. No que tange ao controle de concentrações, a função decisória incumbe ao CADE, enquanto a SEAE e SDE desenvolvem função auxiliar durante a atividade instrutória, inclusive proferindo pareceres.

Conforme foi salientado a Lei nº 8.884/94, deixa claro em seu artigo 1º o seu caráter repressivo e o seu caráter preventivo. Nos artigos 20 e 21 estão definidas as infrações à ordem econômica e nos artigos 23 a 27 as penas a serem aplicadas, o caráter repressivo, portanto. O controle de concentrações e de todos os atos e contratos são objeto das disposições do artigo 54, manifestação expressa do caráter preventivo.

Foi mencionado como objeto do artigo 54 o controle de atos e de contratos, porque a legislação não restringiu a tal controle somente as concentrações. Aliás, esse dispositivo, que refere os atos sob qualquer forma manifestados, deixa clara a inexistência da preocupação com a forma, tanto que a legislação não define concentração. Importa à aplicação do dispositivo que tais atos possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Observa-se, porém, que a lei brasileira impõe o controle aos atos que criarem a posição de dominância, nada referindo ao seu reforço, conforme ocorre na União européia. De qualquer forma, as concentrações aí se incluirão, porque podem vir a preencher as possibilidades do *caput* do artigo 54 ou, ainda, porque poderão atingir os patamares estabelecidos pelo seu parágrafo 3º.

Deve-se observar que o parágrafo 3º do artigo 54, o qual expressamente refere a concentração econômica, fixa que se incluem entre os atos referidos no *caput* aqueles que através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Enfatiza-se que não existe a necessidade de cumulação dos índices previstos pelo parágrafo com as hipóteses do *caput*. Ambas as situações são causas que desencadeiam a necessidade do controle de forma independente. As concentrações que não atingirem os índices, porém resultarem na dominação de mercado, estarão sujeitas ao controle.

A legislação brasileira não impõe a necessidade de que as concentrações sejam previamente submetidas à apreciação do CADE. Isso se depreende da

com a entidade a que pertencem, apenas vinculação, que justifica o referido controle legal.”

¹⁵ José Marcelo Martins Proença, op. cit., p. 47.

previsão do parágrafo 4º do artigo 54, o qual possibilita que sejam apresentadas para exame previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis de sua realização¹⁶. Esse dispositivo merece crítica por parte da doutrina¹⁷ pois é evidente que no período que vai suceder a realização, efeitos serão produzidos no mercado. Sem dúvida, até mesmo para a própria empresa a possibilidade de submissão posterior da operação não parece conveniente. Caso não autorizada, poderá vir a ser determinada a desconstituição, a qual gerará incontáveis prejuízos.

A resolução nº 15/98, do CADE, traz em seu anexo I o formulário a ser preenchido. Com esse formulário, serão fornecidas as informações necessárias à apreciação. A SEAE e a SDE dispõem, respectivamente, do prazo de trinta dias para que emitam um parecer técnico. Instruído o procedimento, será este encaminhado ao CADE, para decisão. O CADE poderá manifestar-se das seguintes formas: autorização automática em razão do decurso do prazo, quando a autarquia não observá-lo, de acordo com o parágrafo 7º, do art. 54; autorização por não ter constatado prejuízo à livre concorrência ou formação de posição dominante ou, ainda, nas situações do parágrafo 1º daquele dispositivo; autorização condicionada à assinatura do compromisso de desempenho e, por fim, a não aprovação da operação.

A autorização automática da operação verificar-se-á quando o CADE não manifestar-se no prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido pelo parágrafo 6º do artigo 54. Deve-se ressaltar que os prazos estabelecidos para as secretarias e para a autarquia ficam suspensos quando se fizerem imprescindíveis à análise esclarecimentos ou documentos adicionais. A autorização em razão da não constatação de prejuízo à livre concorrência ou da não formação de posição de dominância faz-se natural ao fim pretendido com o controle. Interessante se faz a autorização em decorrência das hipóteses previstas pelo parágrafo 1º, as quais revelam manifestação da concorrência instrumento, ou seja, em nome dos valores ali enumerados será a operação autorizada, embora inclua-se na previsão do *caput* do artigo. Trata-se de promover a eficiência econômica¹⁸. A autorização

¹⁶ Segundo Maria Cecília Andrade, op. cit., p. 309, o artigo 2º da Resolução 15/98 do Cade gerou uma insegurança jurídica (p.311) e inúmeras discussões ao determinar que para cumprimento do artigo 54, o momento da realização da operação será definido a partir do primeiro instrumento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

¹⁷ A respeito ver José Marcelo Martins Proença, op. cit., p. 105: o Brasil optou pelo caminho mais difícil ao não adotar a consulta prévia.

¹⁸ Ibid, p. 98. O autor explica que dentre os diversos objetivos a que se propõe a legislação de defesa da concorrência está o da promoção da eficiência econômica, que resulte na maximização da satisfação dos consumidores, tendo em contrapartida a maximização dos

condicionada à assinatura do termo de compromisso de desempenho é hipótese de freqüente aplicação, pois passível de privilegiar interesses coletivos e privados, já que oportuniza a operação, impondo a sua adaptação às regras de acesso ao mercado¹⁹. Esta foi a opção adotada pelo CADE no julgamento do ato de concentração da Ambev, em 30 de março de 2000. A decisão de não-aprovação, a seu turno, verifica-se quando o CADE constata um potencial de que venham a ser gerados efeitos anticoncorrenciais ou de que se forme uma posição dominante e, ainda, quando tais situações já estiverem consubstanciadas, sendo que nem mesmo o compromisso de desempenho viabilizaria a aprovação²⁰. Destaca-se, por fim, que o CADE tem a possibilidade de lançar mão da desconstituição, mecanismo que, indubitavelmente, atribui efetividade às suas decisões. Ocorre que, conforme foi analisado, há a possibilidade de que as operações de concentração venham a gerar efeitos, principalmente se considerada a faculdade detida pelos interessados quanto ao momento da submissão ao exame, e que posteriormente venha o CADE decidir pela não aprovação. Neste caso, de acordo com o parágrafo 9º do artigo 54, poderá determinar as providências necessárias à desconstituição, por distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos a ordem econômica.

lucros dos produtores, uma vez que o mercado competitivo é o bem jurídico tutelado pela legislação antitruste, que tem sua matriz constitucional no princípio da livre concorrência harmoniosamente conciliado com o princípio da livre iniciativa.

¹⁹ Maria Cecília Andrade, op. cit., aponta a importância do compromisso de desempenho, quando se fizer possível. Consigna a autora que se uma decisão de autorização for possível, mediante a celebração de um compromisso de desempenho, essa solução revelar-se-á menos prejudicial para as partes, para terceiros e para o mercado do que a desconstituição do ato. Nos atos de concentração nº 54/95 (Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL, OPP – Petroquímica. Poliolefinas S. A. e Polisul Petróquímica S. A.) e nº 58/95 (Cia. Cervejaria Brahma, Millaer Brewing Company e Miller Brewing M1855 Inc.) tem-se exemplos de autorizações mediante termo de compromisso de desempenho, pelo CADE.

²⁰ No ato de concentração nº 06/94, julgado em 14 de dezembro de 1994, o Cade negou autorização à associação de empresas Eterbrás Sul Ltda. que seria formada pelas empresas Brasilit S/A e Eternit S/ª No voto, a conselheira-relatora Neide Teresinha Malard, entendeu que inexistiam eficiências que justificassem a eliminação da concorrência entre as requerentes. Os ganhos financeiros para estas seriam certos e significativos, mas os benefícios para o consumidor afiguravam-se, no seu entendimento, duvidosos. Disse a conselheira que não via como sacrificar a concorrência para resolver problemas passíveis de serem solucionados por outra via que não a integração, aduzindo que as duas associações levadas a efeito pelas requerentes nos últimos dois anos não demonstraram, conforme já se viu, redução de preços significativa. Afirmou ser injustificável a restrição da concorrência que decorrerá da associação entre as requerentes.

2.2 A defesa da concorrência no ordenamento jurídico argentino

A Constituição argentina, nos termos da reforma constitucional de 1994, assegura em seu artigo 42 a proteção da livre concorrência contra toda forma de distorção dos mercados. Observa-se que a defesa da concorrência é relacionada aos direitos dos consumidores, pois centrada na sua garantia de escolha e em sua proteção da saúde, segurança e interesses econômicos.²¹

A Lei Argentina de Defesa da Concorrência, nº 2.156 de 1999, foi promulgada por meio do Decreto 1019 de 16 de setembro de 1999 e publicada em 20 de setembro do mesmo ano. Em 1º de abril de 2001 sofreu modificações pelo Decreto 396. Essa lei trouxe significativas alterações à questão da defesa da concorrência no ordenamento jurídico argentino. A lei anterior, Lei nº 2.226/80, atribuía à Defesa da Concorrência um enfoque de Direito Penal-Econômico, isto é, eminentemente repressivo. A atual legislação traz, pela primeira vez, medidas de índole preventiva, introduzindo o sistema de controle de concentrações econômicas. Seus dispositivos não penalizam práticas anticompetitivas *per se*, pois deve haver um dano ou um perigo real para a sociedade²². A nova legislação criou o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência, como um ente autárquico vinculado ao Ministério da Economia.

Nos termos do artigo 3º, as disposições da lei de defesa da concorrência argentina aplicam-se a todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, com ou sem fim lucrativo que realizem atividades econômicas em todo ou em parte do território nacional e às que realizem atividade econômica fora do país, na medida em que seus atos, atividades ou acordos possam produzir efeitos no mercado nacional.²³ O artigo 6º define as concentrações como a tomada de controle de uma ou várias empresas, através da fusão, da transferência de fundos de comércio, da aquisição da propriedade ou de qualquer direito sobre ações ou participações de capital ou de títulos de dívida que dêem qualquer tipo de direito a serem convertidos em ações ou participações de capital ou a ter qualquer tipo de influência nas decisões da pessoa que os emita quando tal aquisição outorgue ao adquirente o controle de, ou a influência substancial sobre a mesma. Ainda, de qualquer outro acordo ou ato²⁴ que transfira de fato ou de direito a uma pessoa

²¹Paulo Antônio Caliendo da Silveira, op. cit., p.135.

²²Julian Peña, *Control de Concentraciones Económicas*, Santa fé: Rubinzal-Culzoni,2002. p. 12 /13

²³ Observa-se que a exemplo da legislação brasileira, a legislação argentina também adotou o princípio da extraterritorialidade, pela teoria da ubiqüidade ou do efeito.

²⁴ Destaca-se que essa alínea aponta a opção pela informalidade.

ou grupo econômico os ativos de uma empresa ou lhe outorgue influência determinante na adoção de decisões de administração ordinária ou extraordinária de uma empresa²⁵. No ordenamento jurídico argentino, restam proibidas as concentrações econômicas cujo objeto ou efeito seja ou possa ser restringir ou distorcer a concorrência, de modo que possa resultar prejuízo para o interesse econômico geral, conforme dispõe o artigo 7º.

Essa lei também estabelece a notificação obrigatória aos atos enumerados no artigo 6º, quando o volume de negócios superar, no país, duzentos mil pesos. Observa-se que da mesma forma que a lei brasileira, a lei argentina abre um espaço à opção pelo momento da notificação: ele pode ser prévia ou no prazo de uma semana da conclusão do acordo, da publicação da oferta de compra ou de venda, ou da aquisição de uma participação de controle, contando-se o prazo a partir do momento em que se produza o primeiro desses acontecimentos. A lei prevê a imposição de multa no caso de não ser realizada a notificação. No artigo 10, encontram-se enumeradas as operações isentas de notificação obrigatória.

Ao final do procedimento, o artigo 13 prevê que o Tribunal poderá autorizar a operação, subordinar o ato ao cumprimento das condições que ele mesmo estabelecer ou denegar a autorização. Destaca-se que a lei argentina também prevê uma espécie de autorização tácita, quando não observado o prazo estabelecido para a decisão, que lá é de 45 dias.

III. A ESCASSEZ LEGISLATIVA NO MERCOSUL

O filósofo francês Pierre-Joseph Proudhon afirmou que a concorrência destrói a concorrência. Ao sustentar em sua Filosofia da Miséria²⁶ a necessidade da concorrência para a constituição do valor, para o próprio princípio da distribuição e, conseqüentemente, para o advento da igualdade, o filósofo reconheceu que em seus resultados ela seria injusta. Dessa forma, defendeu que se deveria encontrar o seu equilíbrio, a sua polícia, pois toda a força, toda a espontaneidade, seja individual, seja coletiva, deve receber a sua determinação. Segundo ele, ocorre com a concorrência o mesmo que acontece com a inteligência e com a liberdade. Percebeu, assim, que a concorrência abandonada a si mesma e privada da direção de um princípio superior e eficaz, nada mais é que um

²⁵ Na medida em que o ato em questão não modifique o “status jurídico-econômico” detido anteriormente pelas empresas, o mesmo não se encontra incluído no artigo 6º (Opinião Consultiva da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência). Julian Peña, op. cit. p. 46. O autor ainda refere que a lei assimila o termo “concentração econômica” à “tomada de controle”

²⁶ Livro de Proudhon, publicado pela primeira vez em 1846.

movimento vago, uma oscilação sem objeto do poder industrial, eternamente arrastado entre dois extremos igualmente funestos: as corporações e o patronato por um lado e o monopólio, por outro.²⁷

No Mercosul, entretanto, parece que a concorrência ainda não foi vista dessa forma, uma vez que não recebeu a devida atenção. No que concerne ao controle de concentrações, a parca disciplina evidencia-se pelo fato de ter merecido, tão somente, um dispositivo no protocolo de defesa da concorrência. Assim, a análise a seguir desenvolvida demanda uma observação inicial: uma vez que no âmbito do Mercosul a legislação acerca do controle de concentrações é praticamente inexistente, as considerações que, neste ponto se desenvolvem, incluem a defesa da concorrência como um todo, ressaltando-se, é lógico, os aspectos eventualmente atinentes às concentrações. Com as colocações a seguir expostas, pretende-se demonstrar que, a curto prazo, o controle conjunto de concentrações é a hipótese mais viável ao bloco econômico.

3.1 Uma visão da concorrência pelo Mercosul

O Tratado de Assunção²⁸ foi firmado em 26 de março de 1990 e entrou em vigor em 29 de novembro de 1991, com o depósito das ratificações necessárias, pelo Brasil, pela Argentina, pelo Uruguai e pelo Paraguai. O referido tratado é o instrumento constitutivo²⁹ do Mercosul e aponta como objetivo a

²⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Sistema das Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria*. Tradução de J. C. Morel. São Paulo: Ícone, 2003. p. 261 a 307

²⁸ Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul, suas Instituições e Ordenamento Jurídico*, São Paulo: LTR, 1998. p.36, o define como elemento de mudança, porque apontava para um novo quadro, não só econômico e comercial, como político e elemento de continuidade, porque prolongou os esforços integracionistas de Brasil e Argentina, assim como os do continente. O autor aponta raízes remotas ao Mercosul: União Aduaneira Brasil- Argentina, em 1940, ou a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) pelo Tratado de Montevideu de 1960. Ainda a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), criada pelo Tratado de Montevideu de 1980 ou o Programa de Integração e Cooperação Econômica entre o Brasil e Argentina (PICAB) de 1985 e os Tratados que os sucederam : Tratado de Integração Brasil Argentina de 1988, no Acordo de Complementação Econômica número 14. Deisy Ventura, *As Assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*, p. 24, refere que alguns estudiosos afirmam que esse acordo, assinado no contexto da ALADI, em 20 de dezembro de 1990 é o ‘esqueleto sobre o qual foi constituído o TAS’. Esclarece que esse acordo reúne os 24 protocolos de natureza comercial assinados entre 1980 e 1990 pelos dois países, sobre diversas matérias, entre as quais os produtos alimentares, a indústria automobilística e a cooperação nuclear.

²⁹ Deisy Ventura, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*, São Paulo: Manole, 2003. p. 12, consigna que o TAS apresenta-

criação de um Mercado Comum, estabelecendo os instrumentos a serem utilizados na busca de tal intuito³⁰. A personalidade jurídica foi-lhe atribuída pelo Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, o qual tratou de sua estrutura institucional³¹. Dispôs este protocolo que cabe ao Conselho Mercado Comum exercer a titularidade da personalidade jurídica. O Protocolo também reconheceu a existência da Comissão do Comércio do Mercosul, cujo principal objetivo é promover uma política comercial comum³².

O preâmbulo³³ do instrumento constitutivo traz referência expressa à questão da ampliação das dimensões dos mercados nacionais e ao desejo de desenvolvimento econômico e, ainda, à busca do desenvolvimento científico e tecnológico e à modernização das economias dos Estados Partes.

O Tratado de Assunção, em seu artigo 1º, clarifica o objetivo dos Estados Partes em constituir o Mercado Comum, assim como o compromisso por eles assumido no sentido de coordenar políticas macroeconômicas e setoriais, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência exatamente para obter o fortalecimento do processo de integração. Observa-se que as assimetrias existentes entre as normas nacionais acerca do tema podem acabar por prejudicar o desenvolvimento do projeto de mercado comum.

Há de se salientar, que de acordo com a estrutura prevista para o Mercosul, as decisões em seu âmbito advirão do consenso entre os Estados partes. Não foi

se, nitidamente, como a carta constitutiva de um novo sujeito de direito, no sentido de que o Mercosul existe desde a entrada em vigor do TAs e que ele deve formalmente a sua existência a esse ato constitutivo.

³⁰ Ibid. Aponta, autora, no Mercosul uma assimetria interna, já que considera a existência de um propósito constitutivo ambicioso diante de uma fragilidade dos meios colocados a sua disposição pelos estados Partes.

³¹ Paulo Roberto de Almeida. *Mercosul: Fundamentos e Perspectivas*, São Paulo: LTR, 1998.. p. 12 De acordo com o autor, o protocolo confirma a visão gradualista do processo de integração, ao reconhecer a importância dos avanços alcançados durante a fase de transição (entre 1991 e 1994) e da implementação da união aduaneira como etapa para a construção de um mercado comum. O protocolo não modifica os objetivos básicos que já tinham sido definidos no tratado de Assunção: ele apenas adapta a estrutura institucional do Mercosul às mudanças ocorridas desde àquela época e lista os órgãos encarregados de administrar a união aduaneira em implementação.

³² Deisy Ventura, op. cit., p. 61.

³³ Fazendo referência ao preâmbulo da Constituição, Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional.*, São Paulo: Atlas, 2000, afirma que embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente não contenha normas de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem.

estabelecido, como ocorre na União Européia, uma estrutura supranacional. De outra parte, as normas emanadas do Mercosul dependem da adoção pelos Estados Partes dos procedimentos pertinentes a sua incorporação a cada ordem jurídica nacional. As normas do Mercosul não detêm aplicabilidade imediata³⁴. As normas entendidas como “de efeito imediato” relacionam-se simplesmente à desnecessidade da negociação de um novo acordo prevendo as condições de sua execução³⁵.

De acordo com o que já foi mencionado, certo é que a questão da defesa da concorrência exsurge com grande relevância à consecução do objetivo. Ocorre, porém, que o tratado dispensa uma parca atenção à matéria, sendo que especificamente acerca do controle de concentrações nada refere. O art. 1º estabelece tão somente a coordenação de políticas macroeconômicas. O artigo 4º, por sua vez, após mencionar as relações com terceiros países, prevê que as políticas nacionais deverão ser coordenadas com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial³⁶. Para Werter Faria, a finalidade das políticas econômicas nacionais não consiste na elaboração de regras de concorrência, porém na realização que os Estados-membros tiveram em vista, ou seja, a integração econômica. O autor, também enfatiza que a concorrência é a base do sistema de economia de mercado e nessas condições, o bom funcionamento do Mercosul depende da instauração de um regime de concorrência não falseado, no espaço econômico uno³⁷. Caliendo da Silveira³⁸

³⁴ Jânia Maria Lopes Saldanha, *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial. Um Mecanismo de Direito Processual a serviço do Direito comunitário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 39. A autora acredita que essa expressão seja mais apropriada ao fenômeno do que a expressão aplicabilidade direta, uma vez que a regra aplica-se no ordenamento interno sem necessidade de mediação ou de intermediário de um instrumento que introduza a norma coercitiva no âmbito interno.

³⁵ Deisy Ventura, op. cit., p. 56.

³⁶ Ibid. A autora enfatiza que, entre as assimetrias, as que se referem à concorrência se fazem sentir já na redação dos respectivos tratados. O TCEE referia esse tema desde a Quarta alínea de seu preâmbulo (*in fine*), complementada por outras disposições cujas incontáveis aplicações práticas demonstram uma importância crucial para a construção européia. Em 1991,, por ocasião da assinatura do Tas, a experiência européia indicava que essas disposições haviam permitido a instauração de uma verdadeira “política” de concorrência. Essa competência comunitária – não exclusiva, pois exercida concomitantemente pelos Estados no âmbito nacional – foi alargada graças ao abundante exercício do poder regulamentar pela Comissão Européia, e à construção de um notável edifício jurisprudencial pelo Tribunal de Justiça das Comunidades européias.

³⁷ Werter Faria, *Disciplina da Concorrência e Controle de Concentrações de Empresas no Mercosul*. Brasília, 1993, p. 16

³⁸ Paulo Antônio Caliendo da Silveira, op. cit., p.44.

menciona que os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa assumem um papel de relevo como fundamento da ordem econômica criada pelo Tratado de Assunção e como informadores do sistema de integração³⁹.

Em 17 de dezembro de 1994, a Decisão nº 21/94 do Conselho do Mercado Comum, aprovou pautas básicas sobre defesa da concorrência no Mercosul, relativas à questão da harmonização. Observa-se, nas disposições do artigo 3º das pautas gerais de harmonização, uma certa similitude com o artigo 85, do Tratado de Roma. Prevê o dispositivo a proibição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado, assim como do abuso de posição dominante. O controle de concentrações é tratado no artigo 5º, nos termos do qual os Estados Partes deverão submeter a controle as operações de qualquer natureza entre empresas ou grupos de empresas que impliquem uma concentração econômica, das quais resulte uma participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante e que possam produzir efeitos anticoncorrenciais em todo ou em parte do Mercosul. Deve-se atentar que a disciplina referente ao controle de concentrações na decisão nº 21/94 resume-se ao dispositivo citado. Embora imponha o controle, não é estabelecido o procedimento ou os meios a serem utilizados a serviço deste controle. Evidentemente, não há como se cogitar de eventual efetividade dessa previsão⁴⁰.

Em 1996, considerando que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes requer o estabelecimento de condições adequadas de concorrência e que é importante contar com um instrumento comum que preserve e promova a livre concorrência e, assim, contribua para o cumprimento dos objetivos de livre comércio estabelecidos no Tratado de Assunção, o Mercosul elaborou o protocolo de Defesa da Concorrência, consubstanciado na Decisão nº 18/96 do Conselho do Mercado Comum, que traz normas gerais referentes à concorrência. Este Protocolo aplica-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes. Fica ressalvada a competência dos Estados Partes para regulação dos atos praticados no respectivo

³⁹ Ibid, p. 46 O autor acrescenta que a consagração do regime de mercado e da livre iniciativa como elementos fundantes do processo de integração é resultado óbvio da adoção do modelo econômico que está na base das economias dos quatro países integrantes do Mercosul.

⁴⁰ Deisy Ventura, op. cit., p. 3, esclarece que para que as organizações sejam eficazes se faz preciso que o meios colocados pelos Estados-membros à disposição da coletividade sejam adequados aos objetivos por ela perseguidos.

território, quando os efeitos a ele se restringirem. O Protocolo atribui à Comissão de Comércio do Mercosul e ao Comitê de Defesa da Concorrência a sua aplicação.

Conforme o art. 4º da Decisão nº 18/96, constituem infração às suas normas, independentemente 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 ou que afetem o comércio entre os Estados Partes. A iniciativa do procedimento cabe aos órgãos nacionais de aplicação, os quais poderão iniciar o procedimento de ofício ou mediante representação fundamentada da parte legitimamente interessada. Cabe ao Comitê de Defesa da Concorrência instaurar a investigação ou, com *referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, arquivar o processo.⁴¹ A investigação da prática restritiva incumbe, de acordo com o artigo 14, ao órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado, com o auxílio dos órgãos de aplicação nacional dos demais Estados Partes, assim como a elaboração de um parecer conclusivo, quando concluído o parecer investigatório. É possível ao Comitê de Defesa da Concorrência homologar, em qualquer fase do procedimento, o chamado compromisso de cessação, em que o representado assume obrigações e o compromisso de apresentação de relatórios, sob pena de multa, para que a investigação fique suspensa durante um prazo, ao final do qual o procedimento é arquivado.

Com o final das investigações e a apresentação do parecer conclusivo por parte do órgão nacional, o Comitê definirá as práticas restritivas e estabelecerá as sanções e demais medidas pertinentes. Em sendo alcançado o consenso, as sanções serão definidas pelo Comitê. Caso contrário, a Comissão de Comércio do Mercosul pronunciar-se-á mediante a adoção de Diretiva. O Protocolo remete ao órgão nacional de aplicação do Estado Parte a aplicação da sanção, prevendo o parágrafo 2º do artigo 20, mais uma vez a possibilidade da inexistência de consenso, situação em que as alternativas serão encaminhadas ao Grupo Mercado Comum. Caso neste âmbito não seja alcançado o consenso, estabelece o Protocolo o recurso ao sistema de soluções de controvérsia⁴².

⁴¹ Observe-se que o grau de independência dado ao Comitê é muito pequeno. Cecília Andrade, p. 430, consigna que o Comitê não faz uso de qualquer tipo de decisão, medida preventiva ou multa sem o *referendum* da Comissão. Acrescenta que na hipótese de não se chegar a uma decisão por consenso o Comitê deve enviar as suas decisões à Comissão de Comércio do Mercosul, que irá adotar a Diretiva definindo as sanções aplicáveis à parte infratora ou as medidas cabíveis ao caso. Outra disposição que conforta essa conclusão é a do artigo 12, segundo a qual o Comitê deve encaminhar regularmente à Comissão relatórios sobre o estado de tramitação dos casos em estudos.

⁴² O texto original da Decisão nº 18/96 remete ao Protocolo de Brasília, porém este resta

É fácil verificar a dificuldade que a necessidade de um consenso impõe à atuação de uma efetiva defesa da concorrência. A falta de consenso revela a protelação de uma medida definitiva, o que, sem dúvida, poderá permitir nesse período que os efeitos restritivos da concorrência continuem sendo gerados, até porque se extrai do texto do Protocolo um caráter eminentemente punitivo. Ocorre que o procedimento adotado não revela a preocupação com um mecanismo de análise *a priori*, com o fim de evitar a conduta, pois o protocolo tanto menciona as práticas “que tenham por objeto produzir” como aquelas “que produzam efeitos sobre a concorrência”. Existe a previsão de aplicação de medidas preventivas, no artigo 13, entretanto somente aos casos de urgência ou quando houver ameaça de dano irreparável à concorrência.

No que diz respeito especificamente ao controle de concentrações há apenas a referência traçada no artigo 7º da Decisão nº 18/96, o qual determina que os Estados Partes deverão adotar, para fins de incorporação à normativa do Mercosul e dentro do prazo de 2 anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviço, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, visando a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul.

Como se vê, também no Protocolo de Defesa da concorrência do Mercosul, não há nenhuma norma específica, com possibilidade de atribuir efetividade ao controle de concentrações. O protocolo remete ao Estado Parte o compromisso de editar normas comuns que visem a tal controle. Para tanto, foi fixado o prazo de 2 anos, o qual, se sabe, não foi observado. Resulta de tal disciplina que as concentrações que causassem algum prejuízo à concorrência no bloco teriam de ser inseridas nas práticas, que de forma geral, estão disciplinadas no já referido art. 4º e exemplificadas no artigo 6º. Disse se retira que as operações somente poderiam ser coibidas depois de praticadas, pois ausente qualquer mecanismo de controle *a priori*. De outra parte, como não houve a harmonização prevista pode-se afirmar que inexiste no âmbito do Mercosul um mecanismo de controle de concentrações, por essa razão o controle conjunto entre Brasil e Argentina se mostra necessário.

Em dezembro de 2002, os Estados Partes firmaram um acordo sobre o

derrogado pelo Protocolo de Olivos. Os dois têm em comum a previsão de três estágios para a solução: negociação direta, reclamação na seção nacional da Comissão de Comércio do Mercosul e laudo arbitral. Pode-se citar como modificações introduzidas pelo Protocolo de Olivos a oportunidade de que as partes, após não terem logrado êxito na negociação direta, podem optar pela Reclamação ou pelo Laudo Arbitral. Ademais o Protocolo de Olivos criou o Tribunal Permanente de Recursos.

regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência⁴³, em que é afirmada a imprescindibilidade das condições adequadas de concorrência. Este acordo define a composição do Comitê de Defesa da Concorrência e dos órgãos nacionais de aplicação, bem como o procedimento para aplicação do Protocolo. Entre suas disposições destaca-se o disposto no artigo 10, que trata do âmbito de aplicação do Protocolo. Ocorre que esse aludia exclusivamente à afetação do comércio entre os Estados Partes e este explicita que serão consideradas, concomitantemente, a afetação do comércio entre os Estados Partes e a afetação dos mercados relevantes de bens ou serviços no âmbito do Mercosul. É a primeira vez que há uma preocupação com os serviços, já que o Protocolo 18/96 mostrava-se exclusivamente mercantilista⁴⁴.

De qualquer sorte não se têm no Mercosul meios de controle de concentrações que possam ser colocados em prática. Ainda não houve a harmonização prevista pelo Protocolo. De qualquer sorte, portanto, o controle conjunto entre Brasil e Argentina é a medida que se mostra passível de efetividade.

3.2 O controle conjunto como um passo à frente para o Mercosul

Considerando-se que, como se viu, até à presente data não foram elaboradas normas comuns que permitam que o disposto no artigo 7º do protocolo seja observado, sem dúvida alguma o estabelecimento de um controle conjunto entre Brasil e Argentina representaria um grande passo para a proposta integrativa. Parece lógico que a hipótese representaria um incentivo aos demais Estados Partes, Uruguai e Paraguai. Veja-se que a aproximação entre a lei argentina e a lei brasileira serve como alicerce para o controle conjunto. Dessa forma, o incentivo com certeza levaria os outros dois países à criação de legislações que permitissem tal procedimento.

Cabe referir, de acordo com José Tavares Jr., que existe uma dicotomia entre o escopo normativo do protocolo e o estado das instituições nacionais, que estão retardando a aplicação de suas disposições. Como é sabido, Paraguai e Uruguai até a presente data não possuem legislação de defesa da concorrência. Efetivamente não se pode falar em normas comuns se essas sequer existem no ordenamento nacional. De outra parte, o autor destaca, que a viabilidade do controle conjunto entre Brasil e Argentina independe desse protocolo, o que

⁴³ Acordo firmado na XXIII Reunião do Conselho de Mercado Comum, de 05 a 06 de dezembro de 2002, em Brasília. Disponível em <http://www.mercosur.org.uy>, acesso em 07/08/2003.

⁴⁴ José Tavares de Araújo Jr, in *Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima*, refere que o protocolo de Fortaleza deixava impunes várias práticas no setor de serviços. Disponível em www.cade.gov.br, acesso em 06 de outubro de 2003.

decorre, exatamente, do princípio da extraterritorialidade, que consta das duas legislações⁴⁵. Com isso, então, o que se tem é que esse controle representaria um avanço ao Mercosul, além de possibilitar decisões convergentes que trariam benefícios às partes interessadas, gerando segurança jurídica às operações.

IV. UMA ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE CONJUNTO: UMA PROPOSTA DE SEGURANÇA JURÍDICA

Cabe esclarecer que serão apresentadas considerações a respeito do sistema de controle encontrado na União Européia apenas a título ilustrativo e com o intuito de reforçar a questão da segurança jurídica. É lógico que não se busca, com isso, trazer alguma outra possibilidade para o Mercosul: primeiro porque a estrutura existente nos dois blocos é completamente diversa, segundo porque o que se pretende é simplesmente expor uma forma de efetivar um mecanismo já autorizado, o controle conjunto.

4.1 O balcão único na União Européia: uma ilustração

O Tratado que instituiu a Comunidade Européia não regula especificamente o controle de concentrações, situação que, por vários anos, gerou controvérsia a respeito do tratamento a ser dado à questão⁴⁶. A fim de que cessasse essa controvérsia, impunha-se a regulamentação, o que foi feito atendendo os termos dos artigos 87 e 235, do Tratado de Roma.

O Regulamento específico foi criado em 1989 – Regulamento nº 4064/89 do Conselho de 21 de dezembro de 1989 –, entrando em vigor em 21 de setembro de 1991. Essa legislação sofreu alterações nos termos do Regulamento nº 1310/97 do Conselho de 30 de junho de 1997⁴⁷.

⁴⁵ José Tavares Araújo Jr. op. cit.

⁴⁶ Embora o Regulamento tenha sido editado a fim de dar um tratamento específico ao controle de concentrações, o Regulamento do Conselho nº 1310/97, de 30 de junho de 1997, que o alterou, incluiu no art. 2º a previsão de que quando a criação de uma empresa comum que constituir uma operação de concentração na acepção do artigo 3º tiver por objeto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, essa coordenação será avaliada segundo os critérios previstos nos nº 1 e 3 do artigo 85 do Tratado, a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum.

⁴⁷ Antoine Winckler. *La Pratique Communautaire du Contrôle des Concentrations*, Paris: De Boeck Université, 1998. p. 07, esclarece que o estabelecimento de um mercado único impôs a necessidade da adoção de regras comuns, a fim de fazer face à multiplicação das

Observa-se que o critério adotado pelo Regulamento é exatamente acerca da avaliação pela Comissão^{48 49} da compatibilidade ou da incompatibilidade das operações. O artigo 1º do Regulamento determina a sua aplicação a todas as operações de concentração de dimensão comunitária, estabelecendo os limites que devem ser observados para que se considere a operação de concentração como de dimensão comunitária⁵⁰.

Preenchidos os critérios estabelecidos pelo Regulamento, estará a operação sujeita às regras do Regulamento, de forma exclusiva. Trata-se do princípio chamado de balcão único, que compreende a aplicação da disciplina comunitária com a exclusão da aplicação paralela de normas nacionais. Tal princípio é pautado pela necessidade da segurança jurídica, ao evitar a possibilidade de decisões divergentes acerca da mesma questão, assim como eventuais conflitos de competência.⁵¹ Winckler salienta que esse princípio essencial distingue de maneira significativa as regras comunitárias aplicáveis em matéria de concentração

reestruturações industriais e das fusões/aquisições transfronteiriças resultantes da integração das economias europeias. Completa o autor dizendo que se trata do resultado de um compromisso difícil – para não dizer trabalhoso – entre diversas concepções nacionais, razão pela qual foi o Regulamento objeto de numerosas críticas.

⁴⁸ De acordo com Pascal Fontaine, *in Dez Lições sobre a Europa*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1992, a Comissão das Comunidades Europeias é um dos órgãos fulcrais do sistema institucional comunitário. Na seqüência do tratado de fusão dos órgãos executivos, o qual entrou em vigor em 1 de julho de 1967, a Comissão passou a constituir um organismo comum às três Comunidades Europeias: A CECA, a CEE e a Euratom. Acrescenta o autor que enquanto órgão representativo dos interesses comunitários, a Comissão não deve aceitar instruções de nenhum Estado-membro. Na sua qualidade de guardião dos tratados, vela pela aplicação dos regulamentos e das diretivas adotadas pelo conselho, podendo recorrer à via contenciosa perante o Tribunal de Justiça a fim de garantir a aplicação do direito comunitário. *In Dez Lições sobre a Europa*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1992.

⁴⁹ Émile Noël, *In As Instituições da Comunidade europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1993. p. 15., explica que todos os Tratados das comunidades Europeias atribuem à Comissão amplas tarefas que podemos esquematicamente descrever como: a Comissão é a guardião dos Tratados, A Comissão é órgão executivo das Comunidades, a Comissão é a indicadora da política comunitária e exprime o interesse comunitário no Conselho.

⁵⁰ *Ibid*, p.42. Refere o autor que se aplicam as disposições do regulamento às modificações estruturais importantes, cujo efeito sobre o mercado se estende além das fronteiras nacionais de um Estado-membro.

⁵¹ Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, p. 157, esclarece que o princípio significa que a comissão é a única autoridade competente para conhecer as operações de concentrações de empresas que tenham dimensão comunitária.

daquelas aplicáveis em matéria de *ententes* e de abuso de posição dominante, os quais não excluem a aplicação concorrente das disposições nacionais⁵².

Cabe salientar que, entretanto, não foi o referido princípio estabelecido de forma absoluta naquele âmbito. Verifica-se nas regras contidas no Regulamento que há uma espécie de relativização do balcão único, o que se observa em razão das cláusulas de cooperações com os Estados-membros, das cláusulas de reenvio e, ainda, da cláusula que autoriza a proteção de interesses legítimos. De qualquer sorte, porém, tratando-se de uma ordem jurídica supranacional, não seria possível cogitar da possibilidade de que a análise das concentrações ocorresse de forma diversa. Ao ser estabelecida a competência da Comissão para analisar a compatibilidade ou não das concentrações aos interesses regionais de forma exclusiva, impõe-se que as operações de âmbito comunitário sejam notificadas somente àquele órgão, com a conseqüente submissão dos Estados-membros às decisões adotadas.

4.2 A extraterritorialidade: elemento fundamental para a questão

Conforme já foi mencionado por ocasião da análise das legislações nacionais, tanto a lei brasileira de 1994, quanto a lei argentina de 1980 adotaram o princípio da extraterritorialidade, uma vez que estabelecem nos artigos 2º e 3º, respectivamente, que estarão sujeitos a suas disposições as operações que sejam praticadas em seus territórios, como também aquelas que nesses espaços surtam efeitos. Como se viu, a teoria relacionada à extraterritorialidade, que adota como critério definidor da competência o local da prática da conduta e ainda o local onde são produzidos os efeitos, é conhecida como da ubiqüidade.

Salienta-se que a extraterritorialidade deve ser vista como fundamental ao controle conjunto de concentrações sob dois aspectos: primeiro como base jurídica que o autoriza, segundo como elemento que reforça a sua necessidade. Trata-se da base jurídica, porque somente em razão da previsão que estabelece a competência para análise de operações praticadas em outros países que surtam efeitos em seus territórios é que será possível juridicamente o controle conjunto. É essa previsão que autoriza que Brasil e Argentina conjuntamente analisem uma operação de concentração praticada em um dos territórios que tenha produzido também efeitos no outro. José Tavares Jr esclarece que um acordo de cooperação antitruste poderia ser baseado na chamada cortesia positiva, que em geral tem como conteúdo uma mútua notificação das investigações iniciadas em cada país, o acesso do funcionário de um país a outro durante as investigações,

⁵²Antoine Winckler, op. cit., p. 15.

a possibilidade de que um país solicite ao outro o início da investigação em razão de feitos produzidos em seu território, além de encontros regulares das autoridades para discutir as políticas domésticas e trocar informações⁵³. De outra parte, a extraterritorialidade aponta para a necessidade do controle conjunto por questões de segurança jurídica. Considerando-se a teoria da ubiqüidade, não serão poucas as operações praticadas no Brasil que surtirão efeitos na Argentina, bem como praticadas na Argentina que surtirão efeitos no Brasil. Pela aplicação das leis nacionais, em ambos os casos far-se-iam necessárias duas notificações: uma no território da prática da operação e a outra no território onde seriam produzidos efeitos. No mesmo sentido do que já se mencionou em relação ao balcão único, essa notificação dupla poderia resultar em problemas de competência e ainda de decisões divergentes, acrescentando-se a isso um maior ônus aos interessados. Assim, o controle conjunto representaria fator de segurança jurídica, uma vez que evitaria tais riscos, alcançando aos interessados uma certeza que se faz imprescindível em operações que, em geral, envolvem grandes dimensões.

V. CONCLUSÃO

Embora indiscutível a importância de um controle de concentrações no âmbito dos blocos econômicos, conta-se a respeito uma grande deficiência no âmbito do Mercosul. A disciplina estabelecida pelo Protocolo 18/96 até hoje não foi aplicada, sendo que em razão da falta de normas nacionais acerca do tema, tanto no Paraguai, quanto no Uruguai, não existe possibilidade de se falar em harmonização.

Com isso, a hipótese de um controle conjunto de atos de concentração entre Brasil e Argentina surge com definitiva importância, inclusive para estimular os outros dois países. A análise das legislações brasileira e argentina permite verificar uma grande aproximação no tratamento dispensado à questão da concorrência. A lei argentina de 1999, a exemplo da brasileira de 1994, adota o princípio da extraterritorialidade, o qual autoriza juridicamente o referido controle. Além disso, a extraterritorialidade, que define a competência dos dois países pela teoria da ubiqüidade, acaba por reforçar a necessidade do controle conjunto, já que em razão da regra que estabelece, quanto à conduta e aos efeitos, estabeleceu-se o risco de problemas de competência, bem como de decisões divergentes.

⁵³ José Tavares de Araújo Jr., op. cit.. O autor ainda descreve que a cortesia positiva faz parte de um acordo entre União Européia e Estados Unidos, sendo que na última década houve 473 notificações relativas a fusões e aquisições.

Assim, urge que o acordo noticiado em julho último seja efetivamente firmado. Um controle de concentrações conjunto representaria uma avanço para a proposta mercosulina, baseado em uma imprescindível segurança jurídica.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Paulo Roberto. *Mercosul: Fundamentos e Perspectivas*. São Paulo: LTR, 1998. 159p.

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de Concentrações de Empresas*. São Paulo: Singular, 2002. 480 p.

ARAÚJO JR., José Tavares de. *Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima*. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 06/10/2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul suas Instituições e Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTR. 1998. 272p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. 680p.

CAMPELLO, Dyle. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: Uma Contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366p.

CELLI JR., Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 1999. 252p.

DUTRA, Pedro. *A Concentração do Poder Econômico. Jurisprudência Anotada*. Volumes 1 e 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 1927p.

FARIA, Werter. *Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul*. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Brasília, 1993. 105 p.

FONTAINE, Pascal. *Dez Lições sobre a Europa*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1992.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996. 440 p.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998. 362 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2000. 798 p.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. 558 p.

NOËL, Émile. *As Instituições da Comunidade Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1993.

PENÁ, Julián. *Control de Concentraciones Económicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002. 608p.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. Saraiva: São Paulo. 2001.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Sistema das Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria*. São Paulo: Ícone, 2003. 438 p.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial. Um Mecanismo de Direito Processual a serviço do Direito Comunitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 144p.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo da. *Defesa da Concorrência no Mercosul*. São Paulo: LTR1 998. 317p.

VENTURA, Deisy. *As Assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional*. São Paulo: Manole, 2003. 694 p.

WINCKLER, Antoine et al. *La Pratique Communautaire du Contrôle des Concentrations*. Paris: De Boeck Université, 1998. 649p.

