

ALGUNS ASPECTOS ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA PARA OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO – A QUESTÃO DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

Viviane de Freitas Pereira

1. INTRODUÇÃO:

A atual tendência mundial de formação de blocos econômicos, como forma de garantir a participação em uma economia globalizada, é inevitável. Os processos integracionistas representam o rompimento de princípios como o da soberania estatal, resultando na quebra do isolacionismo dos estados. Tais processos colimam a construção de um futuro comum. Por meio da livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais, com a conseqüente queda das barreiras nacionais, visam a vantagens efetivas para a economia de todos os estados participantes.

Ao lado dos objetivos principais traçados nos Tratados Constitutivos dos blocos econômicos, como a União Européia e o Mercosul, destaca-se a necessidade de previsão de instrumentos de Defesa da Concorrência, aspecto definitivo ao atingimento de tais objetivos. Visivelmente não há como se pensar na queda das barreiras nacionais sem levar em conta as modificações que serão produzidas no mercado e a conseqüente atenção que terá de ser dispensada à proteção da concorrência.

Nesse sentido, observa-se que no Preâmbulo do Tratado de Roma³¹ são consagrados princípios e entre eles está a lealdade de concorrência. O art. 3º, alínea g), do mesmo tratado estabelece que para alcançar os fins a ação da Comunidade implica o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada.

O Tratado de Assunção³², a seu turno, dispõe em seu art. 4º a necessidade de que os Estados-Partes coordenem suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

Entre os meios de defesa da concorrência o presente trabalho preocupa-se com o controle de concentrações de empresas, fenômeno de verificação indiscutível no mercado mundial, notadamente em razão dos efeitos que

³¹ Tratado Constitutivo da Comunidade Européia

³² Tratado Constitutivo do Mercosul

essas práticas podem vir a produzir. Para essa análise procura-se traçar a importância que a defesa da concorrência tem, de forma geral, para os processos de integração e a seguir referir o tratamento dispensado pela União Europeia e pelo Mercosul às concentrações de empresas. Importante destacar que tal análise visa tão somente salientar os primeiros aspectos acerca do tema, visto que o objetivo maior demandará estudo e pesquisa aprofundados que se darão em um futuro próximo. Por enquanto, restringe-se em apresentar aspectos históricos, conceituação, os sistemas de concorrência e o tratamento dispensado pelas legislações dos blocos econômicos acima nominados à questão da concentração de empresas.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Até o século XVII o comércio não era livre, mas corporativo, tratava-se de um comércio cartelizado ou até monopolizado. Não havia qualquer ação no sentido de proteger a concorrência. Na Idade Média a situação começa paulatinamente a mudar, o que se dá a partir dos novos mercados, da abertura das rotas marítimas internacionais, entre outros fatores.

Quando as próprias instituições reais começam a interessar-se pela exploração direta das riquezas dos novos mundos e das novas rotas comerciais, o comércio vai-se estatizando passando o estado a vigiar e controlar minuciosamente a atividade mercantil. Durante esse período a atividade mercantil continua a ser sobretudo profissional e autônoma, corporativa, em que o estado surge autoritário e centralizador, protegendo o comércio, fiscalizando-o e vigiando-o.³³

A perspectiva modifica-se com a Lei Francesa de 1791, que declarou a liberdade de todas as pessoas exercerem o comércio. A abolição das corporações ocorre com a lei de Le Chapelier. A liberdade de comércio (*laissez faire, laissez passer*) traz a liberdade de concorrência. Entretanto, a liberdade de comércio não resulta na proteção à liberdade de concorrência. Surge a necessidade, então, de que se evite que a liberdade contratual acabe por excluir a liberdade de concorrência, por meio de conluíus, concertos, práticas abusivas.

Umberto Celli Júnior³⁴ ilustra o fenômeno verificado nos Estados Unidos. Relata o autor que no final do século XIX, havia uma disseminada insatisfação popular com as redes ferroviárias que, por deterem o monopólio

³³ DA CUNHA, Miguel Maria Tavares Festa Gorjão-Henriques. Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: A franquia de distribuição. Coimbra: Almedina.1998. p. 29.

³⁴ CELLI JUNIOR, Umberto. Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno. Porto Alegre: Livraria do Advogado p.53

do transporte de bens e de mercadorias, acabavam por praticar preços extremamente desproporcionais aos serviços efetivamente prestados. Além disso, muitas indústrias abusavam de seu poder econômico, buscando de maneira concertada, sempre aumentar sua participação acionária e influência em outras indústrias estratégicas, a fim de assegurar a manutenção dos preços altos. Apareceram, assim, os denominados trusts, entre os quais o mais notório talvez tenha sido o composto pelo legendário John Rockefeller. A legislação americana visou exatamente a coibir a ação desses trusts. Daí a expressão antitrust.

A primeira lei de defesa da concorrência foi a canadense, que data de 1889. Porém, é a norte-americana de 2 de julho de 1890, o Sherman Act, que desempenhou o papel de inspirar as demais legislações. A Europa somente recebe a influência americana com a IIª Guerra Mundial, percebendo a necessidade da regulamentação. A legislação européia não será, entretanto, a recepção da norte-americana, mas sim a fixação de objetivos e princípios diversos.

3. A CONCORRÊNCIA E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

3.1 Conceituação:

José Matias Pereira³⁵ define o termo concorrência como uma ação desenvolvida entre competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores, cuja igualdade de condições os impeça de influir, de forma permanente ou duradoura nos preços dos bens ou serviços.

A colocação de alguns outros conceitos faz-se necessária à fixação do tema, pois permitirá que seja estabelecido o tipo de concorrência que se procura proteger. Segundo Miguel Tavares³⁶ até meados do século XX os economistas consideravam o mercado e o preço sob o ponto de vista da concorrência perfeita. Hoje é pacífico o entendimento acerca da inexistência desse tipo de concorrência em qualquer mercado. A concorrência perfeita é aquela caracterizada pela existência de um grande número de compradores e vendedores, ambos negociando produtos idênticos ou similares; consumidores com total e completa informação acerca das condições do mercado; os recursos fluem livremente entre as diversas áreas da atividade econômica; e não há barreiras à livre circulação de mercadorias, o que poderia impedir o surgimento de novos concorrentes no mercado.

³⁵ PEREIRA, José Matias. Regimes de Concorrência na América Latina: O Caso do Mercosul.

³⁶ DA CUNHA, Miguel Maria Tavares. Op. cit., p. 46

José Paschoal Rossetti³⁷ aponta as seguintes condições à estrutura de mercado sob concorrência perfeita: a) um número elevado de empresas produtoras e de compradores, agindo independentemente, de tal forma que, pela pequena importância de cada um, nenhum possa reunir condições efetivas ou poder suficiente para modificar os padrões e os níveis da oferta e da procura e, conseqüentemente, o preço de equilíbrio prevalente; b) inexistência de quaisquer diferenças entre os produtos ofertados pelas empresas produtoras, o produto da empresa A deve ser considerado pelos compradores como substituto perfeito dos produtos das empresas B, K, N; c) perfeita permeabilidade de tal forma que não existam quaisquer barreiras para o ingresso de novas empresas que dele já participem; d) devido à padronização do produto e ainda ao grande número de vendedores e compradores, não há qualquer possibilidade de que atitudes ou manobras isoladas possam alterar as condições vigentes, aliás, do ponto de vista de uma empresa isolada, são ineficazes quaisquer tentativas de diferenciação ou de concorrência extrapreço.

Em oposição a esse conceito há o de monopólio que seriam situações em que o fornecedor de produtos e serviços tem 100% do mercado, no qual inexistente para o comprador a opção de produtos ou serviços similares³⁸. O monopólio distingue-se do oligopólio, pois neste há um grau, ainda que mínimo, de concorrência.

O Direito da Concorrência, enquanto conjunto de normas cuja finalidade é assegurar a concorrência e o livre acesso ao mercado, preocupar-se-á com a chamada concorrência factível, praticável ou efetiva. É essa a concorrência que necessita de normas jurídicas que a disciplinem e a regulamentem. A concorrência factível é a forma de mercado em que o número de empresas rivais é certamente menor do que aquele necessário à concorrência perfeita. Porém, os concorrentes envolvidos e outras circunstâncias relevantes permitem a existência de um grau mais intenso e acirrado de reação mútua que aquele encontrável em uma situação oligopolística.³⁹

Dessa forma, assim se apresenta o modelo de concorrência efetiva ou praticável⁴⁰: a) rivalidade suficientemente intensa entre um número adequado de agentes econômicos; b) aceitação de um certo nível de restrição dos níveis de concorrência, potenciando a formação de oligopólios de molde a evitar a concorrência ruínosa e a permitir o progresso tecnológico e a obtenção pelos produtores de determinados níveis de sua eficiência.

³⁷ ROSSETTI, *Introdução à Economia*. SP: Atlas, 1988. p 268

³⁸ CELLI JUNIOR, Umberto. *Op. cit.* p.53

³⁹ *Ibid.*, p.54

⁴⁰ DA CUNHA, Miguel Maria Tavares. *Op. cit.*, p.56

Assim, diante da concorrência factível, efetiva ou praticável, o Direito da Concorrência, por meio de sua disciplina, cumpre o papel de assegurar que haja uma concorrência efetiva e real entre os operadores do mercado a fim de que nenhum possa impor unilateralmente as suas condições. Com isso, resta evidente que quanto o mais o processo se aproxima do monopólio, maior o poder dos agentes de impor preços altos pelos produtos fabricados, apropriando-se de uma parcela de renda do consumidor, e em controlar também a quantidade oferecida, distorcendo todos os mecanismos de autocontrole do mercado, podendo, em alguns casos, adquirir dimensões tais que o tornam politicamente perigoso.⁴¹

A concorrência efetiva, objeto da disciplina do Direito da Concorrência, traz consigo pelo menos dois sistemas, conforme os objetivos traçados pelas legislações. Tais objetivos retratam valorações de princípios que são eleitos conforme os interesse da cada país ou bloco econômico.

3.2 Os sistemas de concorrência

Extrai-se dos objetivos e da forma de tratamento dispensados à concorrência pela legislação norte-americana e pela existente na União Européia dois sistemas a que a concorrência pode estar submetida: a concorrência-condição e a concorrência-instrumento.

Jorge de Jesus Ferreira Alves⁴² define a concorrência-condição como aquela que está relacionada com o sistema americano da ilicitude. A concorrência é um fim em si mesmo. É um valor absoluto pelo que só por ela se realiza o progresso econômico e o equilíbrio econômico. Segundo a mesma proíbe-se todo o acordo ou prática que restrinja a concorrência, desde que a restrição seja significativa. De acordo com o autor para a concorrência-instrumento a concorrência não é um valor em si mesmo, não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí derivam duas conseqüências importantes, em primeiro lugar, se a concorrência não é um valor em si mesmo, poder ser verificada em homenagem a outros valores. Por outro lado, não há, à partida, ilicitude ou condenações automáticas. Nenhuma prática restritiva é proibida por si só.⁴³

A concorrência-condição é a opção feita pelo Sherman Act Americano. Em sua intenção original o direito americano deposita uma fé absoluta nos valores da concorrência, sendo vista como condição para a realização dos

⁴¹ PROENÇA, José Marcelo Martins. Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência. São Paulo: Saraiva 2001. p.11

⁴² ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da Concorrência nas Comunidades Européias. Coimbra: Coimbra. 1992 p.20

⁴³ Ibid, p.21.

objetivos do sistema, dependendo a licitude dos acordos exclusivamente do seu objetivo ou efeito pro-competitivo.⁴⁴ Para as legislações que consideram a concorrência como condição, importam as práticas restritivas que potencialmente podem causar danos na economia, ou seja, interessa o perigo que aquela prática apresenta. Nesse sistema, o controle e técnica da proibição tende a ser a posteriori, uma vez que somente após a prática dos atos é que, em rigor, podem ser aferidos os seus efeitos.⁴⁵

Quando as legislações vislumbram a concorrência como instrumento o bem jurídico da concorrência não tem valor absoluto, sendo utilizado para realizar diversos objetivos de política econômica e social. O Direito Comunitário europeu evidencia uma concorrência-instrumento, cuja finalidade é atingir os fins da ordem econômica e, quando ela não for o melhor instrumento, deixa de ser protegida naquele caso específico.⁴⁶ O art. 85., n.3 do Tratado de Roma (artigo 81 pelo Tratado de Amsterdã⁴⁷) prevê o afastamento das disposições do n. 1 e da nulidade do n.2 quando as práticas contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a um parte substancial dos produtos em causa.

Nesse sentido Miguel Tavares⁴⁸ afirma que do próprio percurso seguido parece claro que as modernas legislações europeias, se não aceitam postergar a subsistência de uma referência concorrencial, ainda assumem o afastamento de uma concepção rígida de defesa da concorrência a se e a aproxima a uma essência sua instrumental, num processo de influências recíprocas a que o direito comunitário não pode considerar-se alheio.

Assim, claro está que a função atribuída por cada ordenamento à concorrência determinará o tipo de tratamento que a ela será dispensado: ou será vista como um fim em si mesmo ou sucumbirá diante de outros valores eleitos como primordiais.

3.3 Da Importância da Defesa da Concorrência para os Processos de Integração

Uma análise inicial da questão da concorrência demonstra que, indubitavelmente a sua defesa perfaz condição indispensável ao êxito dos pro-

⁴⁴ DA CUNHA, Miguel Maria Tavares. Op. cit., p.64/5

⁴⁵ PROENÇA, José Marcelo Martins. Op. cit., p.39

⁴⁶ Ibid., p.42

⁴⁷ Tratado de Amsterdã, que alterou o Tratado de Roma.

⁴⁸ DA CUNHA., Miguel Maria Tavares. Op. cit., p.67.

cessos de integração. José Matias Pereira⁴⁹ refere que a partir de estágios iniciais da integração econômica regional, torna-se necessária a existência de instrumentos de defesa da concorrência. Isto porque a defesa da concorrência tem como objetivo garantir e defender a liberdade dos mercados dos países membros, mediante a proibição de atos e práticas comerciais que possam impedir, restringir ou prejudicar a livre concorrência. Elizabete Accioly Pinto de Almeida⁵⁰ enfatiza que alguns autores reconhecem a concorrência como a Quinta liberdade do mercado comum, relatando que a concorrência significa mais escolhas para os consumidores, bem assim preços mais baixos.

Nessa linha, Paulo Caliendo da Silveira⁵¹ diz que a adoção da livre circulação de bens, capitais, pessoas e serviços terá um resultado relativo se o mercado comum for dominado por monopólios, oligopólios e demais formas de trusts. O direito da escolha do consumidor, garantido pela inexistência de tarifas ou quotas, seria aniquilado no momento em que somente pudesse adquirir o seu produto de uma indústria monopolista e de um distribuidor coligado com esta. O preço a ser pago seria facilmente manejável, e a qualidade não seria testada pelo confronto com produtos concorrentes.

Miguel Tavares levanta a seguinte questão: de que serviria suprimir todas as restrições normativas estaduais à livre circulação de mercadorias, como se estabelece nos artigos 9º e seguintes do tratado de Roma, se resultados idênticos do ponto de vista da proteção dos mercados e tecidos produtivos e distributivos nacionais podiam ser atingidos por outras vias, como as coligações entre empresas, os abusos de posição dominantes num determinado mercado ou as ajudas estatais a empresas, que impediriam ou dificultariam o acesso de empresas provenientes de outros Estados-membros aos mercados nacionais, assim desrespeitando o princípio da lealdade comunitária expresso no artigo 5º do Tratado de Roma? Em seguida responde: Daí a previsão, como parte da <espinha dorsal> do próprio domínio comunitário, de adoção de medidas que, em todos os setores econômicos, garantam que a concorrência não seja falseada no mercado comum.⁵²

Não se pode deixar de considerar, também, que em não havendo uma efetiva proteção à concorrência, corre-se o risco de que apenas as grandes empresas, em um número pequeno, venham a dominar o mercado unificado, uma vez que o processo de integração permite a concentração empresarial

⁴⁹ PEREIRA, José Matias. Op. cit.

⁵⁰ ALMEIDA, Elizabete Accioly Pinto de. Mercosul e União Européia Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá, 1996. p. 25.

⁵¹ SILVEIRA, Paulo Caliendo da. Defesa da Concorrência no Mercosul. SP: LTR. 1998, p. 39.

⁵² DA CUNHA, Miguel Maria Tavares, Op. cit., p.109/110.

capaz de acumular capital necessário, em geral em somas vultosas que individualmente cada indústria nacional não poderia realizar.⁵³

Dessa forma, pela possibilidade de abuso que se apresenta com as concentrações empresariais, que podem vir, nesse caso, a constituir restrição à liberdade de concorrência, é dada nesse trabalho especial atenção ao regime de controle de concentrações previstos pelos blocos econômicos já mencionados.

4. DELIMITAÇÃO DO TEMA: O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

4.1 Conceituação

Atualmente, a empresa trabalha constantemente com a possibilidade do crescimento e da expansão. Para esse crescimento existem vários meios, destacando-se entre eles a concentração empresarial, prática ainda mais facilitada com os processos integracionistas. Especificamente é objeto dessa análise a legislação referente ao controle de concentrações de empresas, cuja finalidade é evitar abusos que venham a falsear a concorrência.

O ato de concentração ocorrerá quando o poder for transferido para um centro, ou seja, quando a integração entre empresas resultar em concentração de poder.

A integração entre as empresas é vertical ou horizontal. A vertical verifica-se entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviços.⁵⁴ A horizontal, por sua vez, dá-se entre empresas que concorrem entre si, num mesmo nível ou estágio de produção.

A integração, que pode resultar na concentração, apresenta as seguintes formas: incorporação, fusão, conglomerado e 'joint ventures'.

A incorporação será resultado da aquisição de uma empresa por outra, sendo que aquela que é adquirida é totalmente absorvida, extinguindo-se. Já na integração por fusão, duas ou mais empresas são extintas dando origem à criação de uma nova sociedade. O conglomerado configura-se quando a empresa adquirente, na busca da extensão de sua produção, adquire a empresa que fabrica o produto relacionado a sua atividade. Por fim, a 'joint venture' é uma forma de união parcial e temporária que normalmente visa a objetivos específicos limitados.

⁵³ SILVEIRA, Paulo Caliendo. Op. Cit., p. 20

⁵⁴ PROENÇA, José Marcelo Martins. Op. cit., p.67.

Neste passo, a concentração ocorrerá quando o resultado da integração for um pequeno número de empresas responsáveis por uma alta proporção do faturamento da indústria. Importante salientar, porque relacionado à verificação da concentração, a definição de mercado relevante, o qual diz respeito a um grupo de produtos em uma área geográfica, tendo como principal característica a substitutibilidade, considerando-se a resposta da demanda de cada grupo de compradores e a resposta dos concorrentes.⁵⁵

José Proença⁵⁶ alerta, ainda, que a concentração é o elemento chave na questão da estrutura do mercado e fator determinante da conduta da empresa e do desempenho do próprio mercado. Numa perspectiva estrutural do problema da concorrência, acredita-se que os mercados concentrados propiciam a adoção de condutas anticompetitivas que afetam o desempenho da economia. Assim, o problema não reside na concentração em si, mas em quando ela resultar abuso de posição dominante, ou seja, o seu controle terá por escopo avaliar os efeitos que produzirá no mercado. Feitas, então, as conceituações necessárias, passa-se à legislação referente à matéria na União Européia e no Mercosul.

4.2 A Legislação Pertinente na União Européia.

Conforme já referido a legislação comunitária adotou a concorrência-instrumento. Sua posição, portanto, não é a de afastar incondicionalmente as concentrações empresarias. Na verdade, a comissão manifestou-se no sentido de que as empresas só seriam capazes de atuar eficazmente nesse mercado de dimensões alargadas aumentando o seu tamanho. Deste modo, defende o Memorando de 1º de dezembro de 1965⁵⁷, que o mercado comum necessita de empresas de grandes dimensões, capazes de alcançarem as vantagens da produção em massa, do desenvolvimento, do progresso técnico econômico da investigação. Para tal, afirma a necessidade de serem suprimidos certos obstá-

⁵⁵ Ibid., p.116.

⁵⁶ Ibid., p.87/8.

⁵⁷ PAIS, Sofia. O Controle das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina. A autora refere, p.41 e 42, que a ausência de disciplina específica acerca das concentrações de empresas despertou discussões. No Memorando n. 1/65, a Comissão reuniu as conclusões a que chegaram um conjunto de peritos por ela consultados sobre a questão da aplicação dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma às operações de concentração, bem como as suas próprias opiniões sobre a matéria. Os peritos, em maioria, entenderam cabível a aplicação do art. 85, excluindo apenas as fusões. No que concerne ao art. 86 também entenderam aplicável, ressaltando a idéia de que as concentrações tendentes à aquisição ou extensão de uma posição dominante não devem ser consideradas per se uma exploração abusiva de uma posição dominante, nos termos do art. 86.

culos, que se opõem ao desenvolvimento das concentrações comunitárias, nomeadamente às fusões internacionais, para que estas possam adquirir a dimensão e os meios que as tornem capazes de defrontar os ‘gigantes americanos’.⁵⁸

Desta forma a Comunidade Européia só afastará uma concentração empresarial quando esta for incompatível com os interesses regionais.⁵⁹ Tal é a disciplina consagrada no Regulamento CEE nº 4064/89, relativo ao controle de operações de concentrações de empresas e posteriores alterações. No ‘considerando’ nº 4 o regulamento menciona que a supressão das fronteiras internas conduzirá a importantes reestruturações das empresas na Comunidade, nomeadamente sob a forma de operações de concentrações. No nº 5, que tal evolução deve ser apreciada de modo positivo, uma vez que corresponde às exigências de uma concorrência dinâmica e que pela sua natureza, contribui para aumentar a competitividade da indústria européia, para melhorar as condições do crescimento e para elevar o nível de vida na comunidade e que, no entanto, no nº 6, é necessário garantir que o processo de reestruturação não acarrete um prejuízo duradouro, para a concorrência; que o direito comunitário deve, conseqüentemente, conter normas aplicáveis às operações de concentrações suscetíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste último.

⁵⁸ Ibid., p.18/19

⁵⁹ Sofia Pais questiona se ao exercer o controle de concentrações a Comissão deve optar por um balanço concorrencial – atendendo apenas aos efeitos da concentração sobre a concorrência, proibindo a operação que restrinja ou elimine a concorrência efetiva – ou deve proceder a um balanço econômico – no qual terá igualmente em consideração as vantagens econômicas e sociais da operação que compensem os efeitos negativos sobre a concorrência. Afirma que na análise das teses em confronto parece não haver dúvidas quanto à sensibilidade demonstrada pela Comissão em relação aos efeitos positivos das concentrações, posição que nos afasta dos defensores de um balanço concorrencial puro, que não permite a consideração de fatores como a concorrência internacional ou a racionalização da produção. Por outro lado, deve igualmente ter-se presente que a consideração de tais benefícios pela autoridade comunitária se pauta por um critério negativo: só serão autorizadas as operações que não comportem um risco substancial, ou uma restrição sensível da concorrência, o que significa que a concorrência desempenhará sempre um papel determinante na apreciação desenvolvida pela Comissão. Pode concluir-se, por conseguinte, que a prática da Comissão aponta para o sistema do balanço econômico, ou seja, a Comissão tem em linha de conta as vantagens ou benefícios suscetíveis de serem gerados pela operação, considerando como limite a necessidade de a concorrência não ser impedida de forma substancial. p. 33

O Regulamento 4064/89, que entrou em vigor em 21 de setembro de 1990, estabelece regras substantivas e processuais. O art. 1º do regulamento estabelece que só será aplicável às operações de concentrações de dimensão comunitária. A dimensão comunitária verifica-se de acordo com o volume de negócios e a transnacionalidade. O volume de negócios vem disciplinado no nº 2, alínea a), do art. 1º, o qual prevê que o volume total de negócios à escala mundial tem de ser superior a 5 milhões de ecus. Além disso, pelo menos duas das empresas em causa devem ter cada uma na Comunidade um volume de negócios superior a 250 milhões de ecus, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-membro. O art. 5º prevê o cálculo do volume de negócios. O art. 3º do regulamento define a necessidade de notificação prévia das operações de concentração, a qual deve ser dada no prazo de uma semana após a conclusão do acordo ou a publicação da oferta de compra ou de troca ou a aquisição de uma participação de controle.

Nesse sentido, o ‘considerando’ n. 17 prevê que para garantir um controle eficaz, deve-se obrigar as empresas a notificar previamente as suas operações de concentração que tenham dimensão comunitária, bem como suspender a realização dessas operações durante um período limitado, prevenindo-se simultaneamente a possibilidade de prorrogar essa suspensão ou de a revogar em caso de necessidade.⁶⁰

Como se vê, então, a regulamentação da CEE, certamente tendo em vista a importância do controle de empresas no âmbito comunitário, editou um regulamento específico a respeito. Por essa disciplina, nos termos do parágrafo 3º do art. 2, aquelas que criarem ou reforçarem a posição dominante que resultem em entraves significativos à concorrência efetiva, deverão ser declaradas incompatíveis com o mercado comum.

4.3 O Tratamento Dispensado pelo Mercosul

O Tratado de Assunção⁶¹ foi firmado em 26 de março de 1990 e entrou em vigor em 29 de novembro de 1991, com o depósito das ratificações

⁶⁰ O Jornal Gazeta Mercantil, de 05 de outubro de 2000 noticiou que “ A Comissão europeia (CE) – braço executivo da União Europeia (EU) – está determinada a bloquear a fusão do negócio da EMI Group Plc e a Time Warner Inc., apesar dos esforços de última hora para salvar o acordo feito pela empresas, que aventaram a idéia de vender a Virgin Records – da EMI – e uma parte de seu catálogo de músicas”.

⁶¹ Luiz Olavo Batista, O Mercosul suas Instituições e Ordenamento Jurídico. SP: LTr, 1998, p. 36, define-o como elemento de mudança porque aponta para um novo quadro, não só econômico e comercial, como político e, ainda, elemento de continuidade porque prolongou os esforços integracionistas de Brasil e Argentina, assim como os do continente.

necessárias para tal. Esse tratado tem por objetivo a criação de um Mercado Comum, estabelecendo os procedimentos a serem adotados visando a sua consecução.

O preâmbulo do Tratado de Assunção traz referência expressa à questão da ampliação das dimensões dos mercados nacionais e o desejo de desenvolvimento econômico, assim como a busca do desenvolvimento científico e tecnológico e a modernização das economias dos Estados-Partes.

A par do objetivo maior – Mercado Comum – e ainda, das considerações manifestadas no Preâmbulo, exsurge, quase de forma notória, que medidas nas demais diversas áreas têm de ser adotadas, a fim de que aquele seja viabilizado.

Entre essas medidas têm-se, com grande importância, a defesa da concorrência, a qual consubstancia-se em fator relevante à constituição do Mercado Comum, o que se depreende de todas as razões já apontadas, mormente das considerações feitas sobre a União Européia, exemplo de sucesso nesse objetivo.

Sem dúvida, a formação de um Mercado Comum passará e trará uma nova ordem econômica, a qual não poderá deixar de preocupar-se com a questão da concorrência.

Tal preocupação aparece no art. 4º do Tratado, que refere que nas relações com terceiros países, os Estados-Partes assegurarão condições equivalentes de comércio e, ainda, que as políticas nacionais deverão ser coordenadas com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial⁶². A coordenação das políticas acerca da concorrência visam a evitar que as assimetrias existentes entre as normas nacionais acabem por prejudicar o desenvolvimento do mercado comum e, de qualquer forma, da integração.

O Mercosul, 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, elaborou o protocolo de Defesa da Concorrência, consubstanciado na Decisão

⁶² Caliendo da Silveira, op. cit., p. 39, alerta acerca da importância da proteção da concorrência nos centros mais dinâmicos do capitalismo mundial: Estados Unidos e Europa. Afirma que a União européia apresenta um experiência singular e extremamente rica de coibição de práticas anticoncorrenciais, sendo que a jurisprudência emendada do tribunal de Justiça da Comunidade européia é torrencial. Essa experiência demonstra a defesa da livre concorrência nesse sistema como uma das políticas-chave para o ordenamento comunitário europeu.

18/96 do Conselho do Mercado Comum, que traz normas gerais referentes à concorrência.

A Decisão 21/94, nas Pautas Gerais de Harmonização, art. 3º, já estabelecia quais eram os comportamentos concorrenciais de natureza coletiva proibidos: acordos, decisões e práticas concertadas. O art. 4º da Decisão 18/96 estabelece que 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. O protocolo, ainda, atribui à Comissão de Comércio do Mercosul, nos termos do art. 19 do Protocolo de Ouro Preto, e ao Comitê de Defesa da Concorrência, a sua aplicação.

No que diz respeito especificamente ao controle de concentrações há apenas a referência traçada no art. 7º da decisão 18/96, segundo o qual “ Os Estados Partes adotarão, 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 predicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviço, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul”

Como se vê não há no regulamento nenhuma norma específica, com possibilidade de gerar efeitos no controle de concentrações, a nível de Mercado Comum. O protocolo remete ao Estado Partes o compromisso de editar normas comuns que visem a tal controle. Ao que parece as concentrações que causem algum prejuízo à concorrência no bloco fazem partes das práticas, que de forma geral, estão disciplinadas no já referido art. 4º.

5. CONCLUSÃO

Os breves aspectos analisados no presente trabalho permitem algumas conclusões:

1. Não restam dúvidas de que o direito da concorrência, enquanto conjunto de normas destinadas à proteção da concorrência tem papel preponderante para os processos de integração. Assim, além de exercer as funções de proteger os consumidores, distribuir riqueza, ainda faz-se imprescindível à implementação de mercados comuns.

2. No que concerne aos objetivos da concorrência, a experiência da União Européia distancia-se da original norte-americana, porque adotado o sistema de concorrência instrumental, segundo o qual esta poderá sucumbir

diante de outros valores que venham a ser considerados mais preponderantes, o que já pode ser encontrado no texto do Tratado de Roma, que prevê expressamente no n. 3 do art. 85 uma isenção às nulidades do n.2 do mesmo dispositivo, em nome dos interesses regionais.

3. Dentre os aspectos protegidos pelas legislações da concorrência destaca-se a questão do controle de concentrações, fenômeno cuja tendência a nível mundial é inquestionável e que pode resultar em prejuízo à proteção da concorrência, quando a centralização de poder resultar em abuso de posição dominante, procedimento esse que deve, sem dúvida, despertar a atenção dos ordenamentos nacionais e, principalmente, dos blocos econômicos.

4. A Comunidade Européia disciplina especificamente o controle de concentrações atribuindo a um órgão supranacional a análise da compatibilidade ou incompatibilidade de um ato de concentração com o mercado comum. O Mercosul, por sua vez, não tem legislação específica acerca do controle de concentrações. O Protocolo 18/96 prevê a necessidade de normas comuns aos Estados-Partes no que concerne às concentrações, harmonização essa, que como se sabe, não foi atendida até presente data, concluindo-se, portanto, que esse bloco econômico não dedicou, ainda, a devida atenção à questão de extrema relevância para seu sucesso.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. Mercosul e União Européia. Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá, 1996. 159p.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da Concorrência nas Comunidades Européias. Coimbra: Coimbra.1992. 361p.

BATISTA, Luiz Olavo. O Mercosul suas Instituições e Ordenamento Jurídico. LTR: São Paulo.1998.272p.

DA CUNHA, Miguel Maria Tavares Festa Gorjão-Henriques. Da restrição da Concorrência na Comunidade Européia: A Franquia de Distribuição. Coimbra: Almedina. 1998. 499p.

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

JUNIOR, Umberto Celli. Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 1999. 252p.

PAIS, Sofia Oliveira. O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina, 1996

PEREIRA, José Matias. Regimes de concorrência na América Latina: O caso do Mercosul.

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

ROSSETTI, José Paschoal. Introdução à Economia. São Paulo: Atlas. 1988. 766p.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo da. Defesa da Concorrência no Mercosul. LTR: São Paulo. 1998.317p.

VIDEIRA, Francisco S. Direito Processual da Concorrência. Coimbra: Coimbra.1992.288p.

TRATADOS DA UNIÃO EUROPÉIA. Lisboa: UAL. 201p.

