

AUTORIZAÇÃO DE ATOS LIMITATIVOS DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DO ART. 54 DA Lei 8884/94

Luiz Guilherme de Andrade Vieira Loureiro *

INTRODUÇÃO

Passada a primeira metade do século XIX e, mais especialmente, durante o último quarto deste século, os perenes problemas do monopólio e da restrição do comércio começaram a apresentar-se através de uma nova roupagem em todos os países industrializados. Principalmente nos EUA, surgiram gigantescas companhias de “holdings” que conquistaram posições de monopólio, ou de quase monopólio, dentro de muitas indústrias básicas. Tais concentrações causaram, nos EUA e em outros países, uma forte reação das pessoas, que protestavam contra os abusos e as injustiças da industrialização. A resposta aos reclamos da sociedade se deu com a proclamação de duas leis federais, a *Inter State Commerce Act* de 1887, e a Lei Sherman, de 1890¹. A Inglaterra e outros países europeus seguiram caminhos semelhantes².

Atualmente, o fenômeno de concentração de empresas é encarado sob ótica diversa, face à globalização da economia, em que se registrou, em escala mundial, aumento significativo de aquisições, fusões e incorporações de empresas. As decisões paradigmáticas do passado se tornassem impróprias para regular concentrações empresariais motivadas por realidades distintas e novas.

Não se pode ignorar que a presença de pelo menos um elemento do monopólio é inevitável e pode constituir na realidade um componente genuíno do bem-estar. Não raras vezes, a fabricação de certos produtos exige uma estrutura mais concentrada, que tenha maiores recursos para a produção e que possa utilizar procedimentos em grande escala (v.g. automóveis, indústria química e farmacêutica, petróleo, etc.). De fato, a introdução de novos produtos, a técnica superior e uma maior produtividade podem exigir, a princípio

* Aluno de pós-graduação em Regulação Econômica e Defesa da Concorrência da Universidade de Brasília - UNB

¹ Esta última lei continha apenas duas breves disposições substantivas. Caracteriza como crime todo contrato, combinação do tipo do trust ou de outros tipos, ou toda conspiração para restringir a indústria ou o comércio entre os diferentes estados ou com nações estrangeiras. Da mesma forma, condena a monopolização ou os intentos ou conspirações para monopolizar qualquer parte da indústria ou do comércio

² Em 1948 foi editada a *British Monopolies and Restrictive Practices Act*, seguida pela *Restrictive Trade Practices Act*, de 1956

uma ação que, a princípio, possa parecer contrária à livre concorrência, mas que, na verdade, contribuirá para o bem estar social.

Atento para tais situações especiais, o direito brasileiro, tal como ocorre com o direito europeu, prevê que a autoridade competente conceda, em determinados casos, autorização para que as empresas adotem medidas limitativas ou restritivas da concorrência. O art. 54, da Lei 8.884/94 dispõe sobre a apreciação e autorização pelo CADE dos atos restritivos ou limitativos da concorrência, aí incluída a concentração de empresas. Tal dispositivo está de acordo, portanto, com a nova realidade social, em que as empresas nacionais se vêem obrigadas a realizar atos de concentração para fazer frente às sociedades estrangeiras que, aproveitando-se da política de fronteiras abertas e do abandono da prática de substituição de importações, escolheram o Brasil como um Estado emergente.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o conteúdo do dispositivo supracitado. Para tanto, se dividirá em três capítulos. No primeiro, analisaremos o fundamento e a natureza jurídica da autorização de medidas limitativas da concorrência. No segundo capítulo examinaremos os dois requisitos positivos, vale dizer, as vantagens das medidas (2.1) e os benefícios para os usuários (2.2); e no capítulo seguinte estudaremos os requisitos negativos: restrições da concorrência (3.1) e a manutenção de um certo grau de concorrência (3.2).

CAPÍTULO I. FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA DA AUTORIZAÇÃO DE ATOS LIMITATIVOS DA CONCORRÊNCIA

1. Noções gerais

Segundo o arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, são incompatíveis com a livre concorrência e são proibidos todos os acordos entre empresas, decisões de concentração de empresas e práticas concertadas que possam limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. São consideradas infrações contra a ordem econômica, entre outros atos, os acordos ou práticas que determinem o aumento arbitrário dos lucros, o domínio de mercado relevante ou o exercício abusivo de posição dominante.

Em primeiro lugar, os autores das medidas restritivas de concorrência proibidas pelos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 são os empresários em sentido amplo, ou seja, aqueles sujeitos com capacidade para firmar acordos, adotar decisões ou realizar práticas concertadas e, portanto, aqueles a quem se pode imputar uma conduta. O direito de concorrência se refere a “empresas”, em lugar de “empresários”, porque fundamentalmente se tem em conta qualquer unidade econômica com incidência direta ou indireta no mercado, à margem do que juridicamente se possa qualificar ou não como empresário. De

qualquer forma, as diversas formas de infração da ordem econômica implicam não apenas a responsabilidade da empresa, mas também a responsabilidade solidária e individual de seus dirigentes ou administradores (art. 16).

De fato, o conceito de empresa em direito da concorrência é muito amplo e pragmático: qualquer pessoa física ou jurídica que realize algum tipo de atividade econômica ou comercial. É indiferente a forma jurídica adotada. Não é necessário que a empresa possua personalidade jurídica e nem que persiga uma finalidade de lucro. Tampouco se requer a existência de uma organização estável, duradoura ou habitual (art. 15 da Lei n. 8.884/94).

Em segundo lugar, as medidas restritivas proibidas pelos arts. 20 e 21 podem se manifestar sob qualquer forma. Em geral, tais atos se revestem sob a forma de um acordo, uma decisão de associação de empresas ou uma prática concertada. Não é necessário que o acordo ou concerto entre as partes seja juridicamente vinculante. Tampouco é relevante a forma jurídica adotada. A distinção entre as três figuras em si não tem grande transcendência prática, uma vez que todas estão proibidas.

Em terceiro lugar, o art. 20 da Lei n. 8.884/94, estabelece que, para incorrer na proibição, os atos devem limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, independentemente de culpa, ainda que os efeitos não sejam alcançados. Assim, comprovado o objeto restritivo da concorrência, não será necessário analisar o efeito. Em suma, no direito brasileiro de concorrência, assim como na maior parte dos direitos nacionais, adota-se o chamado “princípio do efeito”.

2. Sistemas de proteção da concorrência nos distintos ordenamentos jurídicos

Da mesma forma que as demais legislações “antitrust”, a concorrência protegida pela lei brasileira é a denominada “concorrência efetiva, praticável ou realizável” (*workable competition*) e não a concorrência pura ou atomista. Em geral, os distintos ordenamentos jurídicos regulam e protegem esta concepção de concorrência. Atualmente, é impossível conceber uma concorrência pura ou atomista, que leve a um equilíbrio de forças entre os agentes econômicos que atuam no mercado. Pelo contrário, conforme afirma HUNTER, é inevitável a existência de operadores econômicos de diferentes dimensões e força de atuação e, inclusive, são possíveis as situações de monopólio e oligopólio.

Os sistemas jurídicos de proteção da concorrência efetiva, adotados pelos diversos ordenamentos jurídicos, não são os mesmos. Três diferentes sistemas fundamentais de regulamento jurídico da concorrência podem ser divisados, ainda que cada um deles possua variações: o sistema de liberdade

absoluta, o sistema de proibição absoluta e o sistema intermediário de proibição relativa.

2.1 Sistema de liberdade absoluta

O sistema de liberdade absoluta atualmente é inadmissível, mas já foi aplicado antes da Segunda Guerra Mundial. Nesse sistema, os Estados não adotam leis específicas sobre a concorrência e deixam que as “conspirações” para monopolizar ou restringir o comércio fiquem dentro do âmbito jurisdicional das leis ordinárias do país, e permitindo que as iniciativas para obter alívio fiquem nas mãos dos indivíduos e das empresas.

2.2. Sistema de proibição absoluta

Nesse sistema, os governos proíbem totalmente, ou pelo menos em princípio, toda atividade monopolística ou prática restritiva. Esse é o método adotado pelos EUA que, no *Sherman Act* declara ilícito todo acordo ou convenção que tenha por objeto restringir a competência nos Estados membros da União. O princípio da proibição absoluta foi atenuado com a aplicação da *rule of reason*.

2.3. Sistema intermediário de proibição relativa

Entre os dois sistemas supracitados, existe um intermediário, também denominado “sistema europeu”, uma vez que é seguido pela maioria dos países europeus e pela União Européia. A maioria desses países estabeleceu reformas nos seus respectivos direitos de concorrência e a Itália, apenas recentemente editou lei sobre o tema³. A maioria dos países europeus possui normas modernas sobre a concorrência e adota o sistema de proibição relativa, onde podem ser distinguidas uma série de variantes.

2.3.1. Proibição unicamente do “abuso”.

Nesse sistema são permitidas medidas limitativas da concorrência sempre que não permitam uma excessiva restrição da mesma. Trata-se de um sistema de controle *a posteriori*, ainda que mais tolerante⁴.

³ Na Alemanha, cumpre destacar a GWB, de 1957, modificada pela última vez em 1990. Na França, prevalece a “Ordonnance” 86/1243. Na Bélgica, foi aprovada a Lei sobre a proteção da concorrência econômica em 5 de agosto de 1991. Na Holanda, na Espanha e na Dinamarca, as leis sobre concorrência, que modificaram as antigas legislações, são de 1989. Na Itália, a primeira lei para a tutela da concorrência e do mercado foi publicada em 1990 e, em 1991, foi publicada na Irlanda o Irish Competition Act.

⁴ Seguem esse sistema a lei belga sobre abuso de posição dominante (1960), a lei suíça sobre cartéis (1985) e a antiga lei irlandesa sobre práticas restritivas de 1972 e a lei sobre controle de fusões, aquisições e monopólios, de 1978.

2.3.2. Proibição com exceções ou autorizações

As outras variantes do sistema intermediário partem do princípio geral da proibição das medidas limitativas de concorrência. Não obstante, estabelecem exceções à regra geral proibitiva, que podem operar automaticamente em virtude da própria lei (“sistema da exceção legal” ou “controle *a posteriori*”); ou podem necessitar de uma autorização de uma autoridade administrativa (“sistema de reserva de autorização” ou “controle *a priori*”).

No sistema de exceção legal, são os sujeitos econômicos, vale dizer, as empresas, os encarregados de examinar se suas medidas ou acordos não violam uma disposição legal. As autoridades competentes vigiam “*a posteriori*” a validade dos atos e acordos das empresas e podem impor, se for o caso, sanções correspondentes. Esta resolução da autoridade tem caráter declarativo, e os efeitos da decisão que autoriza ou denega a medida restritiva de concorrência são retroativos (*ex tunc*), uma vez que a medida é proibida ou autorizada pela lei e a autoridade apenas declara esta proibição ou autorização. Esse sistema é seguido pelo direito francês.

No sistema de reserva de autorização ou controle *a posteriori*, as empresas somente podem realizar atos ou adotar medidas restritivas da concorrência após a autorização da autoridade competente. Esta autoridade realiza um controle prévio, vale dizer, antes que seja executada a medida ou que seja ela colocada em prática. Dessa forma, analisa e examina previamente a conveniência ou necessidade da autorização e os efeitos benéficos que a medida produzirá.

No sistema de reserva de autorização, a resolução do órgão correspondente possui um caráter constitutivo e, portanto, seus efeitos não são retroativos (*ex nunc*). Até que seja concedida a autorização, a medida está proibida pela legislação. Para conceder a autorização, a autoridade se baseia na redação ou aspecto formal do ato, já que ainda não pode examinar os efeitos que serão produzidos na prática. De qualquer forma, a autoridade pode, posteriormente, dependendo dos efeitos produzidos, revogar a autorização. Assim, esse sistema de controle *a priori* leva também a um controle *a posteriori* dos acordos e atos das empresas.

Esse é o sistema adotado pela lei alemã e também pelo direito brasileiro, conforme se percebe do disposto no art. 54 da Lei n. 8.884/94.

3. Características peculiares do sistema de autorização no direito brasileiro de concorrência

Para que seja possível a concessão de uma autorização de medida restritiva da concorrência, há necessidade de uma notificação por parte da empresa ou empresas interessadas. A notificação de medidas restritivas não constitui um dever ou uma obrigação legal. Não obstante, sem a notificação da medida, vale dizer, sem que a empresa submeta o ato que possa limitar ou prejudicar a concorrência à apreciação do CADE, não haverá a autorização que conferirá validade ao ato (art. 54, par. 1, da Lei n. 8.884/94).

Assim, a notificação de um ato restritivo da concorrência constitui um requerimento de autorização de tal conduta. Além de constituir um pedido de autorização, a notificação produz uma série de efeitos e conseqüências. Um dos benefícios da notificação prevista no caput do art. 54 consiste em eliminar a possível aplicação da multa pecuniária estabelecida no parágrafo 5 deste artigo pelos efeitos restritivos da concorrência. Não poderá ser aplicada a multa desde a notificação até a decisão do CADE a respeito da autorização ou não do ato restritivo da concorrência ou da livre iniciativa.

A notificação deve ser feita pela empresa interessada previamente à medida restritiva da concorrência ou no prazo máximo de quinze dias após sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à Secretaria de Defesa Econômica (SDE), que enviará uma via ao CADE e outra à SEAE (Secretaria Especial de Assuntos Econômicos).

Segundo se depreende do teor do art. 54, uma vez feita a comunicação ao CADE, o ato restritivo da concorrência poderá ser executado sem que haja possibilidade de multa a seus autores. Tal ato, no entanto, está sujeito à uma condição suspensiva, que consiste na eventual autorização por parte do CADE. Assim, produz o ato efeitos legais até eventual realização da condição resolutiva. De fato, o parágrafo 7, do art. 54, estabelece que “a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização”. Caso o ato não seja apreciado pelo CADE no prazo de 120 dias, será automaticamente considerado aprovado (art. 54, par. 7).

A questão da retroatividade dos efeitos da autorização pode suscitar uma questão delicada em direito privado, que se refere à possível validade provisória, derivada da notificação do ato pela empresa interessada.

3.1. Validade e eficácia provisória dos acordos notificados

A questão sobre a validade e a eficácia provisória tem relevância, notadamente no que concerne à situação em que se encontram os acordos no tempo compreendido entre a notificação até a decisão definitiva do CADE. Se a decisão for positiva, isso é, se for concedida a autorização, já vimos que

seus efeitos serão retroativos à data do ato. Os efeitos restritivos deste ato ou acordo seriam sanados pela decisão de autorização.

No entanto, se a decisão for negativa, vale dizer, se não for concedida a autorização, os atos são nulos *ab initio*, desde sua adoção. Essa nulidade *ipso iuri* e *ab initio* compreende qualquer tipo de acordo. Assim, toda medida que não cumprir os requisitos exigidos para ser autorizada será nula de pleno direito.

Este é o mecanismo legal. A questão que subsiste, pois, consiste em determinar em que situação permanece o ato até a decisão da autoridade competente. Há uma situação de incerteza, uma vez que não se sabe se a medida será ou não autorizada, o que prejudica as relações econômicas e causa insegurança jurídica. Nesse ínterim, é possível que as partes ou mesmo terceiros, solicitem a execução do acordo ou, ao contrário, aleguem sua nulidade por vulnerar o princípio geral da defesa da livre concorrência.

Preocupada com a transcendência prática desse problema, a doutrina entende que tais atos, uma vez notificados à autoridade competente, gozam de uma eficácia e validade provisória. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE), já teve a oportunidade de declarar a “validade provisória” para os “acordos notificados”, notadamente para atender aos fins de segurança jurídica, e de tutela dos legítimos interesses dos empresários ou empresas interessadas. Mais recentemente, o tribunal comunitário mudou de orientação, para afirmar que apenas os acordos antigos (acordos anteriores à adesão ao Reg. 17/62, que instituiu a “notificação dos acordos novos, decisões e práticas”), gozam de validade provisória, mas não os acordos novos.

No que se refere ao direito brasileiro, nos parece que a segurança jurídica não é relevante, tendo em vista a necessidade de notificação do ato no prazo máximo de 15 dias da sua execução. Tratando-se, pois, de “acordos novos”, poderá o tribunal competente que apreciar eventual litígio que lhe for submetido antes da autorização pelo CADE, atuar de três formas:

a) Se entender que o ato não possui efeitos sensíveis para o jogo da concorrência, poderá não reconhecer a existência de infração à ordem econômica (arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94) e, assim, considerar válido o acordo.

b) Se considerar que existe infração contra a ordem econômica, julgará o ato nulo de pleno direito.

c) Finalmente, se tiver dúvida quanto à compatibilidade do ato com o princípio geral da livre concorrência, poderá suspender a ação, para aguardar a decisão do CADE (art. 265, VI, “a”, do CPC).

Cumprе ressaltar que, na hipótese prevista na letra “a”, não nos parece que o CADE não poderá, posteriormente, autorizar a medida. De fato, o CADE é a autoridade competente para conceder ou negar a autorização para a prática de ato restritivo da concorrência, conforme estabelece o art. 54, da Lei n. 8.884/94. Na prática, tendo em vista que o CADE deve se pronunciar no prazo de 120 dias, sob pena de autorização automática da medida, o tribunal apenas apreciaria a questão em sede de liminar, de forma que a autorização posterior do CADE concederia validade e eficácia ao ato, efeitos, esses, retroativos à data da execução do acordo ou ato.

CAPÍTULO 2. REQUISITOS POSITIVOS PARA A AUTORIZAÇÃO DE ATOS RESTRITIVOS DA CONCORRÊNCIA

Para que a autorização prevista no art. 54, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.884/94, seja concedida, é necessário que estejam presentes os requisitos formais e materiais. Os requisitos formais já foram vistos ao longo do primeiro capítulo: necessidade de notificação, encaminhamento da respectiva documentação em três vias, etc. Muito mais importantes são os requisitos materiais, que serão objeto de estudo mais detalhado neste e no capítulo seguinte.

A autorização é concedida a requerimento da parte (princípio da instância). Esta é quem deverão submeter o ato restritivo da concorrência à apreciação do CADE, que poderá autorizá-lo, desde que atenda a pelo menos três das quatro condições previstas nos incisos I a IV, do dispositivo supracitado. Não obstante, um vez comprovado que as quatro condições - ou no mínimo três delas - estão preenchidas, deverão elas ser valoradas globalmente, para examinar se as vantagens produzidas pelo ato compensam os prejuízos ocasionados pela restrição da concorrência que se pretende seja autorizada.

De fato, estabelece o art.54, parágrafo 2, que os atos poderão ser considerados legítimos quando presentes pelo menos três das condições previstas, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou ao usuário final^{5,6}.

⁵ Não obstante, o CADE aprovou ato de concentração das empresas Bayer S/A e Cia Nitro Química do Brasil, mesmo reconhecendo o não atendimento aos requisitos I e IV do par. 1 do art. 54 da Lei 8.884/94 e a existência de potencial de dano ao mercado consumidor. Considerou-se que a operação apresentava potencial de geração de eficiências de natureza transacional e produtivas. Ato de concentração n. 22/95. Revista de Dir. Econ. Jan/jul. de 1997.

⁶ Cf. Magalhães e Arruda Sampaio, op. cit.

Dito isso, passemos a analisar os requisitos exigidos, começando pelos positivos.

2.1. Vantagens do ato

O primeiro requisito exigido para que seja concedida uma autorização em virtude do art. 54, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.884/94, é que o ato (acordo, decisão ou prática concertada), contribua para “aumentar a produtividade”, “melhorar a qualidade de bens ou serviços” ou “propiciar a eficiência e o desenvolvimento do tecnológico ou econômico” (inciso I, do parágrafo primeiro do art. 54). Portanto, para que a medida ou ato seja autorizado, é necessário que produza ele uma série de vantagens, em princípio, de índole comercial, econômica ou tecnológica.

De fato, é essencial que o ato ou acordo implique em melhora da produção ou da distribuição, ou fomento do progresso técnico ou econômico. Além disso, deve se verificar se as vantagens irão beneficiar os consumidores. Nas palavras de BERCOVITZ, “se o acordo não contribui para melhorar a produção ou a distribuição, ou fomentar o progresso técnico ou econômico, então falta totalmente a base que permitiria aplicar a isenção”. Parece lógico, portanto, que não seja autorizada a medida, se ela não oferece nenhuma vantagem.

O dispositivo ora em estudo fala de “aumento de produtividade”, “melhora de qualidade” e “eficiência ou desenvolvimento tecnológico ou econômico” (inc. I, do par. 1, do art. 54). Esses resultados podem ser cumulados ou alternativos. Na prática, é difícil separar as vantagens já que, frequentemente, várias ou todas concorrem no mesmo acordo. Assim, os acordos de pesquisa e desenvolvimento podem melhorar a produção e, ao mesmo tempo, fomentar o progresso técnico e econômico; o mesmo pode ocorrer com os acordos de distribuição, as licenças sobre direitos de propriedade industrial, os acordos de *joint ventures*, etc.

As vantagens devem ser objetivas, sensíveis e importantes. A exigência de que a vantagem seja objetiva, significa que não deve repercutir de forma benéfica unicamente entre as partes do acordo ou do ato. É evidente que as empresas pensarão, antes de tudo, em seu benefício próprio e as vantagens para as partes não pode ser desdenhada. Mas tal melhora de posição deve repercutir favoravelmente no mercado e na economia em geral. Devem ainda ser sensíveis e importantes, ou seja, tangíveis, concretas, nítidas e indispensáveis para a melhora que se trate.

Assinala DERINGER que para determinar se o acordo é objetivamente capaz de contribuir para os objetivos desejados, deve ele ser considerado na sua totalidade e não apenas as suas cláusulas restritivas da concorrência,

já que a necessidade dessas cláusulas deve ser examinada com relação à indispensabilidade do acordo.

É necessário ainda que exista um nexo de causalidade entre o ato ou medida limitativa da concorrência e as vantagens obtidas. Esta relação e sua intensidade fica patente nos termos “aumentar”, “melhorar” e “propiciar”, utilizados no dispositivo supracitado. As vantagens devem ser conseqüências diretas do ato ou acordo e não poderão ser alcançadas por outro meio menos restritivo.

Assim, é necessário um estudo comparativo entre a situação existente sem a aplicação da medida, e a mesma situação tendo em conta sua aplicação. Supõe uma análise não só do ato em si mesmo, senão também de sua execução em um contexto econômico, concreto e determinado. Deve ser levado em consideração o mercado e o produto ou serviço de que trata cada caso. Também influi na determinação das possíveis vantagens, o grau de concorrência existente no mercado relevante e, inclusive, a restrição de concorrência que derive da medida e sua repercussão.

2.1.1. Alcance das vantagens

Conclui-se das expressões utilizadas no art. 54, par. primeiro, I, que as vantagens serão fundamentalmente comerciais ou econômicas. Não obstante, a jurisprudência interpreta esses termos de forma bastante ampla, incluindo também os benefícios sociais e culturais. Na sentença “Metro v. Comissão”, de 25 de outubro de 1977, o tribunal europeu tomou em consideração o alcance social da medida restritiva e, em concreto, a conservação do emprego⁷.

Cumprir observar, ainda, que nos últimos anos, diversos setores industriais estão passando por sérias dificuldades. Fundamentalmente, por conseqüência da crise econômica, por não poder se adaptar ao desenvolvimento tecnológico ou competir com empresas multinacionais. As autoridades competentes de diversos países têm admitido, nessas hipóteses, que as empresas estabeleçam uma cooperação entre elas, para superar tal dificuldade e se converterem em empresas fortes e rentáveis. Esses acordos são conhecidos na doutrina como “cartéis de crise”⁸. Na Europa, foram autorizados, por exemplo, acordo de cooperação técnica entre a Bayer e a BP Chemicals, para “racionalizar e modernizar de forma mais rápida e radical” a distribuição no setor de polietileno⁹; e também a reestruturação de empresas petroquímicas que consistia, essencialmente, na criação de uma empresa conjunta e no fecha-

⁷ Rec. 1977, pp. 1916-1917.

⁸ Assim denomina, por exemplo, Sharpe, “The Commission’s Proposal on Crisis Cartels”, CMLRev., 1980, p. 75.

⁹ DOCE (1988) L 150, p. 35.

mento de fábricas ou instalações para reduzir e readequar a capacidade¹⁰. No Brasil, podemos citar a concentração vertical entre a Bayer S/A e Cia. Nitro Química do Brasil, que apresentava “potencial de geração de eficiências de natureza transacional e secundariamente de eficiências produtivas, ainda que significasse “fortalecimento de posição dominante” e “restrição de ofertas nos mercados relevantes”¹¹. Também a criação da AMBEV foi autorizada para fazer frente à concorrência de grandes empresas de cervejaria estrangeiras.

2.1.2. Análise individualizada das vantagens mencionadas no inciso I, do par. 1, do art. 54.

A primeira vantagem citada é a melhora da produção ou da distribuição, além do aperfeiçoamento da qualidade de bens e serviços. A melhora de produção deve se referir tanto à quantidade, como à qualidade dos produtos. A produtividade pode ser aumentada de diversas formas: fabricando mais produtos já existentes, ou fabricando produtos novos, de qualidade distinta. Esse incremento pode ser obtido com a racionalização da produção, com a melhor utilização de instalações, porque possibilita a entrada de novos concorrentes no mercado ou porque permite o fortalecimento de um competidor já existente.

Determinados tipos ou categorias de acordos podem, por suas características específicas, apresentar essas vantagens para a produção, como por exemplo, os acordos de pesquisa e desenvolvimento (P&D), de especialização, “*joint ventures*” de produção ou acordos de reestruturação (“cartéis de crises”). Já a melhora da distribuição pode ser obtida com acordos de distribuição (exclusiva ou seletiva) ou de franquia, dentre outros.

No que se refere ao fomento do progresso técnico ou econômico, esse termo é mais amplo do que os anteriores. Conforme já foi dito, o “desenvolvimento econômico” abrange outras vantagens, como a de cunho social (aumento de emprego). Conforme afirma DERINGER, com essa expressão se pode interpretar quase tudo o que seja progresso em comparação com a situação que existiria sem o acordo¹². A melhora tecnológica e econômica pode ser obtida em vários tipos de acordos, como as licenças de patente, licenças de *know how*, e de pesquisa e desenvolvimento, por exemplo. A eficiência econômica e incorporação de tecnologia podem também decorrer de atos de concentração de empresas¹³.

¹⁰ DOCE (1988) L 50, p. 18.

¹¹ Ato de concentração n. 22/95, Revista de Dir. Econ. Jan/jul., 1997.

¹² Op. cit., p. 135.

¹³ Akzo Nobel Coatings International B.V. e PPG Industries Inc., ato de concentração n. 65/96, Rel. Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro. Revista de Dir. Econ., já/jul. 1997.

2.2. Benefícios para os usuários

O segundo requisito positivo previsto no art. 54, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.884/94, determina que os “benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. O dispositivo é semelhante ao previsto no direito comunitário da concorrência, segundo o qual as medidas limitativas da concorrência devem “reservar ao mesmo tempo aos usuários uma participação eqüitativa no benefício resultante (art. 85,3 TCEE).

Três questões se colocam na análise do presente dispositivo: o que se entende por “usuários finais”, quais são os benefícios tratados na lei e como devem ser apreciados ou determinados.

2.2.1. O conceito de usuário final

Há, na lei sobre concorrência, uma nítida preocupação com o bem estar social, vale dizer, vela para que a livre concorrência no mercado acabe por trazer benefícios aos consumidores. Daí a razão de ser do dispositivo em exame.

Nos termos em que está redigido, o inciso II, do par. primeiro, do art. 54, permite concluir que “consumidor” e “usuário final” são sinônimos, já que utiliza entre eles a conjunção disjuntiva “ou”. De fato, consumidor ou usuário final são aqueles que utilizam os bens ou serviços para sua própria satisfação ou uso pessoal, sem ânimo de renegociar tais bens. Ao contrário, usuários intermediários são os agentes econômicos que utilizam os bens ou serviços com a finalidade de realizar, posteriormente, uma atividade econômica ou comercial.

No que tange ao direito europeu, parte da doutrina considera que o requisito é cumprido quando os benefícios do ato ou acordo chegam ao usuário intermediário, ainda que não atinjam os consumidores. Sendo assim, “não é necessário que as partes provem que o benefício resultante do ato repercute até o consumidor final”¹⁴.

No Brasil, segundo se conclui da redação da norma do direito brasileiro de concorrência, não é suficiente que os benefícios repercutam nos usuários intermediários, tais como fabricantes ou distribuidores, quando não passam com a mesma intensidade aos consumidores finais. Para que seja autorizado o ato restritivo da concorrência, é necessário que também os consumidores, e não só as partes e os usuários intermediários, sejam beneficiados com a medida. Isso não impede, porém, que a autoridade competente presuma que,

¹⁴ Van Damme, *La réglementation de la concurrence dans la C.E.E.* PUF, Paris, 1974, p. 140.

se existe um certo grau ou intensidade de concorrência no nível intermediário beneficiado pelo acordo, esses benefícios também repercutirão, de alguma forma, nos consumidores.

2.2.2. Os benefícios

Conforme já foi visto, o consumidor deve ter participação no benefício resultante do ato restritivo da concorrência. A lei não define quais são os benefícios e nem o que se entende por “participação eqüitativa”. Cumpre observar que o termo “eqüitativo” previsto na lei brasileira, também é utilizado no Tratado da Comunidade Econômica Européia (TCEE), nas suas versões francesa (“équitable”), espanhola (“eqüitativa”), inglesa (“fair”) e italiana (“côngrua”).

Este termo não é preciso e também exige uma análise comparativa (o benefício deve ser eqüitativo com respeito a algo). Os benefícios ao consumidor devem ser razoáveis e equivalentes àqueles auferidos pelas partes no ato limitativo da concorrência. A necessidade de realizar o exame comparativo se destaca em boa parte da doutrina, conforme assinalam FONT GALAN e DERINGER¹⁵. Os comentadores europeus entendem ainda que o termo “eqüitativo” mostra que o benefício deve ser, tal como a vantagem exigida no primeiro requisito estudado, apreciável, importante.

Assim, não basta que a medida não resulte em dano ao consumidor, mas é necessário que haja uma melhora em sua situação, em comparação com a situação que existiria caso não fosse concretizado o ato ou acordo.

2.2.3. Determinação dos benefícios

A participação eqüitativa que os consumidores devem ter nos benefícios apresenta, como um dos problemas fundamentais, a sua determinação. As previsões ou probabilidade de se alcançar os benefícios devem estar minimamente fundadas. Para parte da doutrina, que consideramos mais acertada, as partes precisam demonstrar com uma probabilidade razoável que os benefícios esperados do acordo repercutirão em uma medida razoável nos consumidores¹⁶.

Na determinação dos benefícios para os usuários, devem ser levados em consideração determinados fatores ou indícios. Um dos mais importantes fatores positivos é a existência de uma efetiva concorrência no mercado. Estima-se, em geral, que, se existe um determinado grau de concorrência no mercado (“mercado relevante”), as partes autoras do ato de restrição, se verão

¹⁵ Op. cit., p. 139.

¹⁶ Bellamy, C. e Child G., *Derecho de la competencia en el Mercado Comum*. Civitas, Madrid, 1992, p. 197.

obrigadas a repassar as vantagens auferidas com o acordo, para os usuários finais. Com isso evitariam a diminuição de sua cota no mercado, ou mesmo aumentariam tal cota. Outro fato ou indício freqüente é o que se refere à posição dos usuários intermediários. Vale dizer, examinar ou comprovar se esses sujeitos são empresas poderosas, com um peso econômico determinado ou usuários especializados ou expertos. Essas características dos usuários intermediários obrigarão ou condicionarão as partes no ato, a repercutir sobre elas as vantagens do benefício.

Cumprir destacar, no entanto, que a redução do preço não constitui, necessariamente, o único benefício, ou mesmo o mais, a ser levando em consideração na aferição da participação equitativa dos consumidores. Vários benefícios aos consumidores, inclusive de índole não-econômica, podem ser citados. A título de exemplo, cabe mencionar: melhora da oferta ou da produção; melhora dos serviços; melhor garantia técnica ou assistência pós-venda; surgimento de novos produtos, como um tratamento terapêutico mais eficaz; etc.

CAPÍTULO 3. REQUISITOS NEGATIVOS PARA A AUTORIZAÇÃO DE ATOS RESTRITIVOS DA CONCORRÊNCIA

Os requisitos negativos têm por objetivo salvaguardar um certo grau de concorrência, que necessariamente irá ser limitada com a autorização do ato e supõem um limite para a concessão da autorização do ato ou acordo.

3.1 Manutenção de um certo grau de concorrência

Esse requisito negativo exige que o ato restritivo da concorrência que pretenda ser autorizado, não ofereça às empresas interessadas a possibilidade de “eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços” (Inc. III, do parágrafo primeiro, do art. 54). Da mesma forma que o segundo requisito negativo, que será visto oportunamente, supõe um limite ou barreira para a concessão de uma autorização, que é a manutenção de um certo grau de concorrência.

Assim, para que seja autorizado um ato ou acordo, é fundamental que subsista um certo grau de concorrência que, em nenhum caso, poderá ser eliminado. Isso não significa, no entanto, que não possam ser autorizados atos que impliquem em monopólio ou em posição de domínio, quando há justificativa de uma melhora *a posteriori* da concorrência no mercado. Nesse sentido, já decidiu o CADE que, ainda que o ato de concentração implique em entraves ao ingresso de novos concorrentes, o ato deve ser autorizado se “a operação apresenta potencial de geração de eficiências de natureza transnacional e há, em potencial, benefícios a serem gerados para o mercado, em função do fortalecimento de um concorrente mais hábil a ostentar a posição de mercado

dominante e forçar a disciplina de conduta e a busca de eficiências próprias de situações de concorrência”¹⁷

VAN HOUTTE define a eliminação da concorrência de uma parte substancial de mercado relevante de bens e serviços, como “uma situação em que as empresas partes no acordo tem a possibilidade, graças à ausência de concorrência interna e externa, de estabelecer as condições de contratação em um nível sensivelmente diferente daquele que seria estabelecido em uma situação de concorrência...”¹⁸.

3.1.1. O mercado relevante

O exame do grau de restrição da concorrência, e sua possível eliminação, apenas pode ser feito com referência a um âmbito ou marco determinado, que é o mercado relevante.

O conceito de mercado relevante abarca três dimensões ou perspectivas distintas que devem ser levados em consideração para sua delimitação: dimensão objetiva (produtos e serviços correspondentes em cada caso); dimensão espacial (âmbito geográfico) e dimensão temporal.

Os produtos que podem formar parte do mercado relevante são, logicamente, aqueles produtos idênticos aos que são objetos do ato limitativo da concorrência. Não obstante, devem ser ainda incluídos os produtos que, por suas características, podem substituir os anteriores. Esse critério de substituição deve levar em consideração as preferências dos consumidores (“elasticidade cruzada das demandas”). Outro critério ainda pode ser admitido para determinar os produtos que formam o mercado relevante em sua dimensão objetiva, que é o da permutabilidade das unidades de produção, que enfoca a substituição dos produtos desde o ponto de vista da produção. Existem empresas que são competidores potenciais na fabricação de um produto, uma vez que têm possibilidade de se converterem, em um dado momento, em competidores reais, fabricando o mesmo produto ou outro substituível¹⁹.

Para determinar os produtos intercambiáveis ou de substituição, se podem distinguir, fundamentalmente, dois critérios: um objetivo, e outro subjetivo. Do ponto de vista objetivo, um produto é intercambiável ou substituível pr outro, se possuem características similares e particulares, de tal forma que permitam satisfazer as mesmas necessidades. Segundo o critério subjetivo, serão os consumidores que decidem se os produtos podem ser intercambi-

¹⁷ Ato de concentração n. 111/96, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, Arco Química do Brasil Ltda. E Olin Brasil Ltda. Rev. de Dir. Econ., jan/jul. 1997.

¹⁸ Van Houtte, op. cit., p. 90-91.

¹⁹ V. Fernandez-Novoa, 6 ADI, 1979-80, pp. 271-271.

áveis entre si. De fato, ainda um produto seja objetivamente substituível por outro, se os consumidores assim não o consideram, conclui-se que não podem pertencer ao mesmo mercado relevante.

No que tange ao âmbito espacial, o mercado relevante tem um marco ou delimitação geográfica. Esta delimitação é importante se o que se pretende provar é se existe ou não eliminação da concorrência em um mercado concreto. O mercado geográfico que pode ser afetado pode estar constituído pelo território do Estado ou de uma determinada região.

Finalmente, o fato tempo também é importante para a definição do mercado relevante. As dimensões objetiva e espacial do mercado relevante podem sofrer variações pela influência ou transcurso do tempo. Como assinala HOET, “o mercado relevante está vinculado a um certo lapso de tempo. A permutabilidade deve ser produzida durante um tempo determinado para apreciá-la...”²⁰. Com efeito, os produtos ou o âmbito geográfico do mercado relevante podem variar com o transcurso do tempo, devido à ocorrência de diversos fatores, como, por exemplo, a aparição de novos produtos ou mudanças na preferência dos consumidores, ou até mesmo com a possibilidade de surgimento de novos competidores no mercado relevante.

3.1.2. Determinação da possibilidade de eliminar a concorrência

O dispositivo do inc. III, do parágrafo primeiro, do art. 54, ao exigir que o ato ou acordo não permita às empresas participantes a possibilidade de eliminar parte substancial do mercado relevante de bens e serviços, suscita a questão de determinar qual o grau de restrição da concorrência não autorizado e, portanto, qual é a intensidade da restrição permitida.

Não será concedida a autorização quando o ato possa originar a eliminação da concorrência no futuro, ainda que seja mantida a concorrência em um momento inicial do acordo. Não é necessário que as empresas partes no acordo, conscientemente, prevejam a eliminação da concorrência: basta que tal eliminação possa ser produzida. Em sentido contrario, não bastam as boas intenções das empresas, que manifestem expressamente sua vontade de não eliminar a concorrência.

Por outro lado, não basta uma possibilidade puramente teórica de eliminação da concorrência para o indeferimento da autorização do ato limitativo. É preciso que haja uma razão concreta que indique um risco real de eliminação da concorrência.

De acordo com uma parte da doutrina, “eliminação” significa “a total supressão da concorrência”, de sorte que deixa de ser um fator decisivo no

²⁰ Hoet, RMC, 1989, n. 325, p. 143

mercado relevante”²¹. Segundo este entendimento, ainda que permaneça uma concorrência sem importância, em aspectos secundários, considera-se que foi ela eliminada. Outros, como DERINGER, entendem que apenas existe eliminação da concorrência quando ela for suprimida completamente ou quase completamente e isso dependerá das formas de concorrência que estão cobertas pelo acordo, assim como do âmbito geográfico e dos produtos do mercado relevante. Parece evidente, pois, que haverá maiores possibilidades de autorização de um ato que contenha uma restrição grave da concorrência, se as partes ocupam uma cota de mercado reduzida. E vice-versa, se as empresas ocupam uma cota importante do mercado²².

Na análise do requisito em exame, a concorrência deve ser analisada em todas as suas manifestações, como preço, qualidade ou serviço pós-venda. Ainda que desapareça a concorrência em alguma de suas manifestações, se subsiste nas demais, não deverá ser considerado que houve eliminação da concorrência. O mesmo pode ser dito quando, apesar de eliminar a concorrência entre as empresas participantes, subsiste com relação a terceiros²³.

Finalmente, no estudo desse requisito negativo é importante distinguir entre eliminação da concorrência “INTRA-BRAND” e “INTER-BRAND”. Essa distinção é importante, sobretudo nos acordos verticais, tais como os acordos de distribuição seletiva ou exclusiva, acordos de franquia e acordos de licença sobre direitos de propriedade industrial. Ambas as modalidades de concorrência podem sofrer restrições mas, em nenhum caso, poderão ser eliminadas por um acordo que pretenda ser autorizado.

Os acordos verticais geralmente lesionam de forma grave a concorrência “intra-brand”, vale dizer, a concorrência entre os membros de uma determinada rede comercial. Não obstante, simultaneamente, tais acordos podem favorecer a concorrência “inter-brand”, ou seja, entre distintas redes ou marcas. Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, mostram-se favoráveis a aceitar restrições, mais ou menos consideráveis, da concorrência entre os membros da rede comercial, em favor de uma melhora na concorrência “inter-brand” (entre marcas ou redes).

²¹ Oberdofer/Gleiss/Hirsch, op. cit., p. 93.

²² Ainda assim pode ser aprovado o ato, mesmo que seja necessária a imposição de condições pelo CADE. Nesse sentido, no caso onde eram requerentes Bayer S.A e Cia Nitro Química do Brasil, foi autorizado o ato sob condições, mesmo sendo reconhecida a restrição de oferta nos mercados relevantes e posição de monopólio em mercado afetado transversalmente. Ato de concentração n.22/95, Rel. Lucia Helena Salgado e Silva, Revista de Dir. Econ., jan/jul, de 1997.

²³ Oberdofer/Gleiss/Hisch, p. 93.

Cumprido ressaltar, no entanto, que esta restrição da concorrência “intra-brand” não pode ser tão importante, que elimine por completo a concorrência entre uma determinada rede de distribuição. Esta concorrência deve permanecer, ainda que limitada.

3.2. Indispensabilidade das restrições à concorrência

Conforme foi visto, o princípio geral consagrado no direito brasileiro é o da livre concorrência e livre iniciativa. Em determinadas situações excepcionais, presentes os requisitos legais, o CADE poderá autorizar atos que prejudiquem esse princípio geral, quando ensejarem vantagens e benefícios valiosos. A restrição à concorrência, no entanto, deve ser absolutamente necessária e indispensável para que tais vantagens e benefícios sejam produzidos. No que tange ao exame da restrição da concorrência, a autoridade competente deve aplicar a chamada “regra do razoável” (*rule of reason*), originária do direito anglo-saxão, ou seja, se é razoável admitir-se um certo prejuízo à livre concorrência, em razão das vantagens econômicas que podem resultar do ato restritivo ou limitativo.

Um setor da doutrina distingue entre indispensabilidade “quantitativa” e “qualitativa”. A indispensabilidade das restrições, sob um ponto de vista qualitativo, significa que elas devem ser aptas ou adequadas para atingir os objetivos desejados. Assim, não seriam indispensáveis as restrições que não estejam estreitamente vinculadas com a obtenção das vantagens econômicas ou tecnológicas (primeiro requisito positivo) ou benefícios para o consumidor (segundo requisito positivo).

No que concerne à análise qualitativa da indispensabilidade, FONT GALAN ensina que “se requer, em todo caso, a existência de uma estreita inter-relação ou inter-dependência entre o efeito perturbador da concorrência e o efeito benéfico para os consumidores, derivados ambos dos acordos proibidos escusáveis”²⁴. A análise da indispensabilidade das restrições, também significa que os benefícios ou vantagens da medida não podem ser obtidos por outros meios menos restritivos e igualmente aptos para alcançá-los.

Sob o ponto de vista quantitativo da “indispensabilidade”, podemos afirmar que deve ser levado a cabo um estudo de sua extensão, grau ou importância das restrições. Estas devem ser as necessárias para conseguir os objetivos, e não mais que as necessárias para consegui-los. Vale dizer, as restrições devem ser as “mínimas imprescindíveis” para alcançar as vantagens e benefícios visados. Assim, quando o mesmo resultado pode ser obtido por outros meios apropriados e menos danosos, a cláusula deve ser descartada.

²⁴ Op. cit., p. 202.

3.2.1. Determinação da indispensabilidade

A “indispensabilidade” deve ser objetiva, vale dizer, não pode ser presumida pela simples afirmação das partes. A valorização ou avaliação da indispensabilidade deve ser feita de acordo com o caso concreto. As restrições devem, a princípio, ser analisadas individualmente e, após, deverão ser examinadas no seu conjunto, uma vez que podem ser distintos os efeitos que produzem as restrições de forma individual, daqueles que são produzidos pela combinação de todas elas²⁵.

A indispensabilidade das restrições dependerá de uma série de circunstâncias ou fatores concretos. Entre elas se destacam o tipo, categoria ou classe de acordo, assim como os objetivos ou vantagens que se pretende alcançar. Deve ser considerada, ainda, a posição das empresas contratantes no mercado em vai ser aplicado a medida e a intensidade de concorrência em tal mercado.

Se as vantagens ou objetivos são de especial importância, como por exemplo, a introdução de um produto novo no mercado, ou um novo competidor, ou uma tecnologia mais avançada, isso tornará mais viável a aceitação de um certo grau de restrição da concorrência. Também o tipo de acordo, é importante na análise da indispensabilidade da restrição. Resumindo, podemos afirmar que na determinação das restrições indispensáveis, deverá se ter em conta os objetivos visados, a intensidade da concorrência e a categoria ou tipo de acordo de que se trata em cada caso. Também será levado em consideração o estado geral do mercado e, em concreto, do setor das empresas partes no ato em questão. É necessária, ademais, uma análise comparativa da situação das empresas partes no acordo, em relação com outras empresas em situação similar ou com acordos semelhantes àquele para o qual se pede a autorização. Finalmente, será preciso examinar as circunstâncias particulares das empresas autoras da medida, e admitir seu direito a desenvolver uma determinada política comercial. Isso tudo, dentro dos limites implicados no termo “indispensabilidade”, acima analisados.

3.2.2. Restrições geralmente consideradas indispensáveis e não- indispensáveis

Conforme foi visto, alguns tipos de contratos possuem cláusulas típicas ou usuais, algumas delas consideradas necessárias para a consecução

²⁵ Para DERINGER, “se um acordo contém várias restrições, é necessário, a princípio, examinar cada uma por separado, mas depois também deverão ser examinadas todas juntas, uma vez que o efeito da combinação de várias restrições, podem ser avaliadas de forma diferente que o efeito de cada uma individualmente”, op. cit., p. 141.

dos fins propostos e outras que a doutrina e a jurisprudência consideram não-indispensáveis ou que podem ensejar uma limitação não razoável na livre concorrência.

Nos acordos de *joint ventures*, é geralmente considerada indispensável e, portanto, lícita, a cláusula que permite às partes compartilhar o custo de um maior investimento ou risco financeiro. São geralmente aceitas as restrições seguintes: cláusula de não-concorrência entre as empresas mães; obrigação de compra exclusiva por parte das empresas mães da *joint venture*, ainda que a distribuição conjunta deve ser justificada em cada circunstância e cláusulas que concedem direitos de propriedade intelectual exclusivos à *joint venture*. Na autorização de tais restrições, a autoridade competente geralmente se assegura de que, no fim do acordo, as partes serão livres para competir entre si.

No que se refere a outros acordos horizontais (acordos relativos a preços ou outras condições de contratação; acordos sobre intercâmbio de informações comerciais; acordos para limitar a produção; acordos sobre normas técnicas; acordos sobre compra ou venda conjunta; etc.); eles dificilmente são aprovados. Entre as restrições inadmissíveis e não-indispensáveis, podemos citar as de fixação de preço e de outras condições contratuais, salvo raras exceções²⁶; as que determinam repartição de mercado, dentre outras.

Nos acordos verticais relacionados com a distribuição são consideradas não-indispensáveis e, portanto, ilícitas, as restrições que dão origem à uma proteção territorial absoluta. São admitidas as restrições relativas à um compromisso de entrega exclusiva; repartição de áreas entre as partes, assim como a obrigação do concessionário exclusivo, de centrar suas atividades comerciais nos produtos previstos no contrato e no território concedido; uma vez que tais condições são necessárias para a obtenção de uma melhora da distribuição.

Também as restrições relativas a acordos de transferência de propriedade intelectual, podem ser autorizadas. Não obstante, a licença que comporte uma proteção territorial absoluta em geral é vedada pela autoridade de concorrência.

²⁶ Tem-se entendido que exceções podem ser previstas nas áreas de seguro e bancária. Decisão europeia de 21 de dezembro de 1992 permite a fixação em comum de tarifas de prêmios de risco, baseadas em estatísticas ou em número de sinistros. No que tange aos bancos, admite-se a fixação de preço ou comissão uniforme e remuneração de serviços. Também no setor de transporte internacional de cargas e passageiros, o IATA incentiva a adoção de um sistema internacional uniforme para obter economias de escala.

CONCLUSÃO

A análise da jurisprudência europeia (comunitária) e brasileira, no que se refere à autorização dos atos limitativos de concorrência, aí incluídos os atos de concentração previstos no par. 3, do art. 54, da Lei n. 8.884/94, mostram similitudes de conceitos e de exigências.

Não obstante, ao contrário do direito europeu, o direito brasileiro admite o cumprimento de apenas três dos quatro requisitos estudados no presente trabalho para a autorização do ato. Em pelo menos um caso, o CADE autorizou sob condições ato de concentração de empresas, não obstante tenha reconhecido o não atendimento aos requisitos I e IV, do par. 1º., art. 54.

O Relatório de 1997 do CADE mostra não só um aumento dos movimentos concentracionistas, como a diversificação dos casos notificados à autoridade de concorrência, que vão da fusão e incorporação de empresas até a formação de *joint ventures*. Mostram ainda que a tendência futura, tal como ocorreu no continente europeu e em outros países industrializados, é o crescimento do número de atos envolvendo produção e transferência de tecnologia, tais como acordos de P&D, *joint ventures* e acordos de licença de propriedade industrial, sobretudo nos setores químicos, farmacêuticos e de alimentação. Outro aspecto importante a ser notado, é a ausência de jurisprudência relevante nos tribunais brasileiros acerca do tema, o que pode mostrar que os juízes brasileiros ainda não estão preparados para análise de casos envolvendo o direito de concorrência, sobretudo quando afetam a economia nacional.

Destarte, o direito comparado, sobretudo face à similaridade dos direitos de concorrência, que seguem uma tendência à internacionalização e à uniformização, mostra-se fundamental para nortear a evolução da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Os juristas brasileiros podem, como os demais, aproveitar as experiências levadas à cabo no exterior: materiais úteis para realizar uma justiça melhor. Nas palavras de RENÉ DAVID, “o desenvolvimento dos estudos do direito comparado servirá este fim; ele situa-se dentro da linha de uma evolução que tende a promover, sobre todos os aspectos, uma melhor cooperação internacional”²⁷.

²⁷ René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo, Martins Fontes, 1988

