

Senado Federal
Subsecretaria de Edições Técnicas

Estudos da Integração

(5º VOLUME)



DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA E CONTROLE DAS
CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS NO MERCOSUL

Associação Brasileira de Estudos da Integração

BRASÍLIA
1993

SENADO FEDERAL
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO
(5º VOLUME)

SENADO FEDERAL
MESA
(Biênio 1993/1994)

Presidente
HUMBERTO LUCENA

1º Vice-Presidente
CHAGAS RODRIGUES

2º Vice-Presidente
LEVY DIAS

1º Secretário
JÚLIO CAMPOS

2º Secretário
NABOR JÚNIOR

3º Secretário
JÚNIA MARISE

4º Secretário
NELSON WEDEKIN

Suplentes de Secretário
LAVOISIER MAIA
LUCÍDIO PORTELLA
BENI VERAS
CARLOS PATROCÍNIO

**DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA E
CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES
DE EMPRESAS NO MERCOSUL**

WERTER R. FARIA

FARIA CORREA CARVALHO & CIRNE LIMA
Advogados Associados

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS
DA INTEGRAÇÃO

BRASÍLIA — 1993

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO
(5º VOLUME)

DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA E
CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES
DE EMPRESAS NO MERCOSUL

FÁRIA CORREIA CARVALHO & CIRNE LIMA
Advogados Associados

WERTER R. FÁRIA

Professor Titular aposentado de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI).

AMLI BUNHO & DELIA VERA & BIRBO ARIA
Advogados Associados

SENADO FEDERAL

Subsecretaria de Edições Técnicas

Diretora: *Wilma Ferreira*

ISBN: 85-7018-101-9

Faria, Werter R. (Werter Rotunno).

Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul / Werter R. Faria. — Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas ; Porto Alegre : Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1993.

105 p. (Estudos da integração ; v. 5)

1. Integração econômica — Países do Cone Sul. 2. Concorrência internacional — Países do Cone Sul. 3. Tratado comercial — Países do Cone Sul. 4. Mercado Comum dos Países do Cone Sul. (MERCOSUL). I. Série. II. Título.

CDD 338.918

NOTA EXPLICATIVA

A Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI) tem como finalidade realizar estudos sobre temas da integração, especialmente a do Cone Sul, e o estabelecimento do respectivo mercado comum.

Constituída em agosto de 1991, seus associados docentes e os associados pesquisadores iniciaram trabalhos individuais e organizaram equipes de estudo.

Os frutos dessas atividades sairão nesta coleção de Estudos da Integração, que acolherá prazerosamente contribuições de pesquisadores nacionais e estrangeiros, pois constitui um dos seus objetivos a divulgação de obras que contribuam para a solução dos complexos problemas acarretados pela integração, nova e promissora realidade em nosso continente.

WERTER R. FARIA

Diretor-Presidente

Associação Brasileira de Estudos da Integração

SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
Mercado Nacional e Mercado Comum	8
Mercado Nacional y Mercado Común	9
Normas Comuns sobre Concorrência no MERCOSUL	14
Normas Comunes sobre Competencia en MERCOSUR	15
Mercado Comum e Concentração	20
Mercado Común y Concentración	21
Concentração e Concorrência	28
Concentración y Competencia	29
Concentração em Escala Nacional e Concentração de Dimensão Comunitária	38
Concentración en Escala Nacional y Concentración de Dimensión Comunitaria	39
Legislação Argentina	44
Legislación Argentina	45
Confusão da Legislação Brasileira sobre Restrições à Concorrência	50
Confusión de la Legislación Brasileña sobre Restricciones a la Competencia	51
Concentração Econômica Relativa ao Comportamento na Legislação Brasileira	56
Concentración Económica Relativa al Comportamiento en la Legislación Brasileña	59
Concentração Econômica Relativa à Estrutura na Legislação Brasileira	62
Concentración Económica Relativa a la Estructura en la Legislación Brasileña	65

	<i>Pág.</i>
Comparação dos Exemplos de Práticas Restritivas no Tratado de Roma com os da Lei Brasileira	68
Comparación de los Ejemplos de Prácticas Restrictivas en el Tratado de Roma con los de la Ley Brasileña	71
Posição Dominante e Mercado em Causa	80
Posición Dominante y Mercado en Causa	83
Concentração de Empresas no MERCOSUL	86
Concentración de Empresas en MERCOSUR	89
Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações no MERCOSUL	92
Disciplina de la Competencia y Control de las Concentraciones en MERCOSUR	95

MERCADO NACIONAL E MERCADO COMUM

Mercado nacional é o espaço econômico, correspondente ao território de um Estado, em que se realizam as atividades produtivas caracterizadas pelo intercâmbio de bens ou serviços e pela produção industrial.

Mercado Comum é o espaço econômico, com aquelas mesmas características, que se estende pelos territórios de dois ou mais Estados, constituído por tratado ou acordo internacional.

Entende-se por território a parte do espaço em que o Estado exerce o seu poder, especialmente o normativo. Os sistemas jurídicos nacionais são a expressão da soberania legislativa. Porém,

“nos Estados federais, o território desempenha duplo papel, sob o ponto de vista político; quanto ao âmbito espacial de vigência dos ordenamentos jurídicos locais, é, ao mesmo tempo, uma porção do território da União. Mas esta circunstância não destrói o princípio da impenetrabilidade, porque os Estados-Membros fazem parte do Estado Federal”¹.

Não o aniquila, menos ainda, o estabelecimento de um mercado, comum, em que os Estados-Membros acordam eliminar as barreiras aduaneiras e suprimir toda espécie de obstáculo à livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais.

As normas originadas de acordos internacionais para a constituição de um mercado comum sujeitam os sistemas jurídicos dos Estados-Membros ao objetivo da unificação econômica, naquelas matérias em que a diversidade seja suscetível de prejudicá-la. A incorporação dessas normas aos sistemas jurídicos nacionais introduz-lhes modificações, e limita o poder soberano dos Estados-Membros.

Quando os acordos internacionais criam uma comunidade, transferem para a pessoa jurídica de direito internacional uma parte das suas competências, e dotam a entidade de órgãos ou instituições que dispensam o recurso à legislação internacional. A Comunidade Econômica Européia, por

1 EDUARDO GARCIA MAYNES, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, D.F., Porrúa, 7ª ed., 1956, p. 99.

MERCADO NACIONAL Y MERCADO COMÚN

Mercado nacional es el espacio económico que corresponde al territorio de un Estado, donde se realizan las actividades productivas caracterizadas por el intercambio de bienes y servicios y por la producción industrial.

Mercado Común es el espacio económico con aquellas mismas características, que se extiende por los territorios de dos o más Estados, constituído por tratado o acuerdo internacional.

Se entiende por territorio la parte del espacio en que un Estado ejerce su poder, especialmente el normativo. Los sistemas jurídicos nacionales son la expresión de la soberanía legislativa. Sin embargo,

“En los Estados federales, el territorio desempeña duplo papel, bajo el punto de vista político; cuanto al ámbito espacial de vigencia de los ordenamientos jurídicos locales es, al mismo tiempo, una porción del territorio de la Unión. Pero esta circunstancia no destruye el principio de la impenetrabilidad, porque los Estados Miembros hacen parte del Estado Federal”¹.

No lo aniquila, aún menos, el establecimiento de un mercado común, en el cual los miembros acuerdan eliminar las barreras arancelarias y suprimir todo tipo de obstáculo a la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales.

Las normas originadas de acuerdos internacionales para la constitución de un mercado común sujetan los sistemas jurídicos de los Estados Miembros al objetivo de unificación económica, en aquellas materias en las cuales la diversidad de sistemas jurídicos nacionales les introduce modificaciones y limita el poder soberano de los Estados Miembros.

Quando los acuerdos internacionales crean una comunidad, transfieren a la persona jurídica de derecho internacional una parte de sus competencias y dotan la entidad de órganos o instituciones que dispensan el recurso

1 EDUARDO GARCIA MAYNES, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, D.F., 7ª ed., 1956, p. 99.

exemplo, não precisa valer-se de normas dessa natureza, pois, segundo explica F. DUMON², é um

“organismo internacional integrado, que dispõe de processo próprio para a criação do direito. Com efeito, os atos expedidos pelos órgãos da Comunidade, e que possuem força obrigatória, criam um *direito comunitário* que completa diretamente as regulamentações internas dos Estados-Membros da Comunidade. Nisto consiste a verdadeira inovação normativa da Comunidade; esta forma de regulação comunitária é que facilita (e torna independente dos processos normais, consistentes em acordos internacionais expressamente estipulados) a proteção de um direito uniforme.”

Os mercados comuns, desprovidos de personalidade internacional e, conseqüentemente, de órgãos próprios, são geridos pelos Estados-Membros, por meio de órgãos criados pelos acordos internacionais. A que essas entidades econômicas devem a sua existência. Nessas condições, todas as normas necessárias ao funcionamento desse tipo de mercado comum devem ser estatuídas, de comum acordo, pelos Estados-Membros, seja em conferência das autoridades que os representam, seja em reunião do órgão especialmente criado para cumprir as disposições do acordo internacional constitutivo da entidade econômica. A criação das regras de funcionamento do mercado comum não tem origem em órgãos intergovernamentais. As suas autoridades executivas não são iguais às comunitárias, que se identificam pela independência com que devem preservar a entidade defronte dos governos dos Estados que as escolheram ou de que são cidadãos. Num caso as regras de direito são prescritas pelos órgãos comunitários; no outro, pelos Estados-Membros, mediante acordos internacionais, ou decisão dos órgãos de administração do tratado ou acordo instituidor do mercado comum. A relação entre os Estados-Membros e o mercado comum assemelha-se à do empresário com o estabelecimento comercial³.

O Mercado Comum funciona com observância dos preceitos do tratado ou acordo internacional que dispõe sobre a sua criação ou das regras emanadas dos órgãos de administração desses instrumentos.

“Os tratados, segundo o último autor citado, (p. 86) impõem, de pleno direito, adaptações ou modificações das regulamentações ou, mesmo, das leis nacionais, abrandamentos ou transformações da jurisprudência, instrução às autoridades e aos serviços dos Estados.”

² La formation de la règle de droit dans les communautés européennes, Revue Internationale de Droit Comparé, 1960, p. 73.

³ Para alguns juristas, o estabelecimento comercial tem uma independência econômica a que deve corresponder a autonomia jurídica. Mas esta concepção não vingou, sobretudo porque o titular do estabelecimento pode exercer os mais diversos poderes sobre ele, inclusive o de aliená-lo.

a la legislación internacional. La Comunidad Económica Europea, por ejemplo, según explica F. DUMON², es un

“organismo internacional integrado, que dispone de proceso propio para la creación del derecho. Con efecto, los actos expedidos por los órganos de la Comunidad y que tienen fuerza obligatoria, crean un *derecho comunitario* que completa directamente las reglamentaciones internas de los Estados Miembros de la Comunidad. En esto consiste la verdadera innovación normativa de la Comunidad; esta forma de regulación comunitaria es que facilita (y vuelve independiente de los procesos normales, consistentes en acuerdos internacionales expresamente estipulados) la protección de un derecho uniforme”.

Los mercados comunes, desprovistos de personalidad internacional y consecuentemente de órganos propios son administrados por los Estados Miembros, por medio de órganos creados por los acuerdos internacionales a que esas entidades económicas deben su existencia. En esas condiciones, todas las normas necesarias al funcionamiento de ese tipo de mercado común deben ser estatuídas, de común acuerdo, por los Estados Miembros, sea en conferencia de las autoridades que los representan, sea en reunión del órgano específicamente creado para cumplir las disposiciones del acuerdo internacional constitutivo de la entidad económica. La creación de las reglas de funcionamiento del mercado común no tienen origen en órganos intergubernamentales. Sus autoridades ejecutivas no son iguales a las comunitarias las cuales se identifican por la independencia con que deben preservar la entidad frente a los gobiernos de los Estados que las escogieron o de que son ciudadanos. En un caso las reglas de derecho son prescritas por los órganos comunitarios; en el otro, por los Estados Miembros mediante acuerdos internacionales o decisión de los órganos de administración del tratado o acuerdo institutivo del mercado común. La relación entre los Estados Miembros y el mercado común se asemeja a la del empresario con el establecimiento comercial³.

El Mercado Común funciona con observancia de los preceptos del tratado o acuerdo internacional que dispone sobre su creación o de las reglas emanadas de los órganos de administración de esos instrumentos.

“Los tratados, según el último autor citado (p. 86), imponen, de pleno derecho, adaptaciones o modificaciones de las reglamentaciones o mismo de las leyes nacionales, ablandamientos o trans-

² La formation de la règle de droit dans les communautés européennes, Revue Internationale de Droit Comparé, 1960, p. 73.

³ Para algunos juristas el establecimiento comercial tiene una independencia a que debe corresponder la autonomía jurídica. Pero esta concepción no vengó sobretudo porque el titular del establecimiento puede ejercer los más diversos poderes sobre él, incluso el de alienarlo.

Pelo Tratado de Assunção, relativo à constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, os Estados decidem constituir o mercado comum (Mercado Comum do Sul — MERCOSUL), cujo estabelecimento determina: a) a livre circulação dos bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; b) o estabelecimento de uma tarifa comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posição em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; c) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes — de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambiária e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem — a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; d) o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Em todas estas matérias deixou de existir a autonomia legislativa dos Estados-Membros, e suas leis e regulamentos ficaram sujeitos ao respeito das normas que regem o MERCOSUL.

A fim de facilitar-lhe a constituição, durante o período de transição, que se estenderá desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção até 31 de dezembro de 1994, os Estados-Membros adotam um regime geral de origem, um sistema de solução de controvérsias e cláusulas de salvaguarda constantes dos correspondentes Anexos.

Obrigam-se, nas relações com terceiros países, a assegurar condições equitativas de comércio, aplicando suas leis nacionais para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, *dumping* ou qualquer outra prática desleal. Além disso, assume o compromisso de coordenar suas respectivas políticas nacionais, com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

São quatro os principais instrumentos para a constituição do MERCOSUL, durante o período de transição⁴: a) o Programa de Liberação Comercial (eliminação dos gravames e demais restrições aplicados ao comércio entre os Estados-Membros); b) a coordenação gradual de políticas macroeconômicas, convergente com os programas de desgravação tarifária e

⁴ Na primeira fase do estabelecimento progressivo do mercado comum, que chegará ao seu termo a 31 de dezembro de 1994, deverão ser: a) cumprido o Programa de Liberação Comercial, consistente em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas; b) eliminadas as restrições não tarifárias, medidas de efeito equivalente e outras restrições do comércio entre os Estados-Membros.

formaciones de la jurisprudencia, instrucción a las autoridades y a los servicios de los Estados.”

Por el Tratado de Asunción, que se refiere a la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, los Estados deciden constituir el mercado común (Mercado Común del Sur — MERCOSUR), cuya conformación determina: a) la libre circulación de los bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías y de cualquier otra medida equivalente; b) el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o grupos de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales; c) la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden — a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes; d) el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

En todas estas materias dejó de existir la autonomía legislativa de los Estados Miembros, y sus leyes y reglamentos quedaron sujetos al respecto de las normas que rigen el MERCOSUR.

A fin de facilitar su constitución en el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción, hasta 31 de diciembre de 1994, los Estados Miembros adoptan un régimen general de origen, un sistema de solución de controversias y cláusulas de salvaguardia, que constan de los correspondientes Anexos.

Se obligan en las relaciones con terceros países a asegurar condiciones equitativas de comercio, aplicando sus leyes nacionales para inibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, *dumping* o cualquier otra práctica desleal. Además asumen el compromiso de coordinar sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.

Son cuatro los principales instrumentos para la constitución del MERCOSUR, durante el período de transición⁴: a) el Programa de Liberación Comercial (eliminación de los gravámenes y demás restricciones aplicados al comercio entre los Estados Miembros); b) la coordinación progresiva de políticas macroeconómicas, convergentes con los programas de

⁴ En la primera etapa del establecimiento progresivo del mercado común, que llegará a su término el 31 de diciembre, deberá ser: a) cumplido el Programa de Liberación Comercial, consistente en rebajas arancelarias, progresivas, lineales y automáticas; b) eliminación de las restricciones no arancelarias, medidas de efecto equivalente y otras restricciones al comercio entre los Estados Miembros.

eliminação de restrições não tarifárias; c) a tarifa externa comum; d) os acordos setoriais para

“otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.”

A livre circulação de mercadorias não só está pressuposta na formação, como constitui o elemento essencial do MERCOSUL⁵. Para que se tenha idéia da complexidade do princípio em apreço, é suficiente relacioná-lo com as seguintes questões: a) supressão dos impostos aduaneiros e encargos de efeito equivalente, bem como de impostos internos; b) supressão e proibição das restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente; c) adaptação dos monopólios nacionais de natureza comercial; d) proibição de impostos discriminatórios sobre a importação; e) supressão dos entraves técnicos e administrativos ao intercâmbio comercial, mediante a harmonização legislativa, etc.

O Tratado de Assunção não apenas torna livre a circulação de mercadorias no interior do mercado comum, como determina a fixação de uma tarifa externa comum nas relações dos Estados-Membros com países terceiros, de sorte que só as mercadorias daqueles se beneficiam com a livre circulação. Entretanto, a proibição das barreiras tarifárias e não tarifárias aplica-se indistintamente às mercadorias provenientes dos Estados-Membros e de países terceiros, que se encontram em livre prática⁶.

NORMAS COMUNS SOBRE CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

O artigo 1.º do Tratado de Assunção dispõe que o estabelecimento do MERCOSUL traz como consequência

“a coordenação de política macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes — do comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária cambial e de capitais, de serviços, alfandegárias, de transportes e comunicações e outras que se acordem — a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes”.

O artigo 4.º determina que eles

“coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial”.

⁵ A observação geral de CHRISTIAN W. A. TIMMERMANS (*A Livre Circulação de Mercadorias, Trinta Anos de Direito Comunitário*, Comissão das Comunidades Europeias, 1984, p. 251) sobre a necessidade de acentuar o papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ao precisar e afirmar os princípios da livre circulação de mercadorias, adverte-nos do papel decisivo da instituição judicial no estabelecimento de um mercado comum.

⁶ Mercadorias regularmente importadas num dos Estados-Membros com pagamento dos impostos aduaneiros exigíveis.

desgravación arancelaria y eliminación de restricciones no arancelarias; c) el arancel externo común; d) los acuerdos sectoriales para

“optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes”.

La libre circulación de mercancías no solo está presupuesta en la formación, como constituye el elemento esencial del MERCOSUR⁵. A fin de que tenga idea de la complejidad del principio, es suficiente relacionarlo con las siguientes cuestiones: a) supresión de los impuestos aduaneros y cargas de efecto equivalente así como de impuestos internos; b) supresión y prohibición de las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente; c) adaptación de los monopolios nacionales de naturaleza comercial; d) prohibición de impuestos discriminatorios sobre la importación; e) supresión de los entraves técnicos y administrativos al intercambio comercial, mediante la armonización legislativa, etc.

El Tratado de Asunción no apenas torna libre la circulación de mercancías en el interior del mercado común, como determina la fijación de un arancel externo común en las relaciones de los Estados Miembros con países terceros, de suerte que sólo las mercancías de aquellos se benefician con la libre circulación. Entretanto la prohibición de las barreras arancelarias y no arancelarias se aplica indistintamente a las mercancías provenientes de los Estados Miembros y de países terceros, que se encuentran en libre práctica⁶.

NORMAS COMUNES SOBRE COMPETENCIA EN MERCOSUR

El artículo 1.º del Tratado de Asunción dispone que el establecimiento del MERCOSUR implica

“La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes; de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetario, cambial y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden — a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.”

⁵ La observación general que CHRISTIAN W. A. TIMMERMANS (*A Circulação de Mercadorias, Trinta Anos de Direito Comunitário*, Comisión de las Comunidades Europeas, 1984, p. 251) sobre la necesidad de acentuar el papel desempeñado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al precisar y afirmar los principios de la libre circulación de mercancías, nos advierte sobre el papel decisivo de la institución judicial en el establecimiento del mercado común.

⁶ Mercancías regularmente importadas en uno de los Estados Miembros con pago de los impuestos aduaneros.

Nos termos do Tratado, a coordenação das políticas econômicas destina-se a garantir condições adequadas de concorrência entre as empresas privadas e públicas. Mas, em seu sentido próprio, a palavra "concorrência" significa o afluxo de várias pessoas a um lugar. Aplicada à economia e ao direito, exprime não apenas a afluência de empresas ao mercado como a competição de umas com outras.

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. A criação de um grande espaço econômico não faz desaparecer as características das economias dos Estados-Membros; entretanto, determina a eliminação das desigualdades existentes, de forma a serem atingidos os fins do Tratado constitutivo do mercado comum.

A concorrência é a base do sistema de economia de mercado. Nessas condições, o bom funcionamento do MERCOSUL depende da instauração de um regime de concorrência não falseado, no espaço econômico uno. Por esse motivo, o Tratado CEE, na parte da política comunitária, estatui regras de concorrência aplicáveis às empresas.

Contra o que afirma o Tratado de Assunção, as regras de concorrência possuem o caráter de instrumentos em relação à política econômica, o que, no dizer de JUAN IGNACIO FONT GALAN⁷, quando se refere ao dispositivo do Tratado CEE que enuncia os princípios da Comunidade Européia,

"permite que as autoridades comunitárias adotem e desenvolvam, a cada momento, conforme as necessidades sócio-econômicas conjunturais e estruturais a *política de concorrência* mais adequada à consecução dos fins ou objetivos propostos no art. 2.º anteriormente citado".

O processo de coordenação progressiva das políticas macroeconômicas tem por fim evitar que os contrastes entre elas prejudiquem a ampliação, mediante a integração, das dimensões atuais dos mercados dos Estados-Membros. Na realidade, mais que duplicar os mercados nacionais, une-os num só, caracterizado pelo desenvolvimento harmonioso das suas atividades econômicas.

Nos mercados comuns da Europa, do Caribe, da América Central e da América do Sul, as atividades econômicas regem-se pelo sistema de economia de mercado, e esta pelo princípio da livre concorrência, cuja força normativa, conforme aquele comercialista⁸, estende-se a todas as atividades econômicas organizadas dentro do espaço territorial dos Estados-Membros, e se aplica a todos os sujeitos econômicos (públicos e privados) parti-

⁷ *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*, Real Colegio, Bolonia, 1986, p. 28.

⁸ Ob. cit., p. 22.

El artículo 4.º determina que ellos

"coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial".

En los términos del Tratado la coordinación de las políticas económicas se destinan a garantizar condiciones adecuadas de competencia entre las empresas privadas y públicas. Sin embargo, en su sentido propio, la palabra "competencia" significa la afluencia de varias personas a un lugar. Aplicada a la economía y al derecho, expresa no sólo la afluencia de empresas al mercado como la competición de unas con otras.

La finalidad de las políticas nacionales no consiste en la elaboración de reglas de competencia, sino en la realización que los Estados Miembros tuvieron en vista, o sea, la integración económica. La creación de un gran espacio económico no hace desaparecer las características de las economías de los Estados Miembros; sin embargo, determina la eliminación de las desigualdades existentes, de suerte que sean alcanzados los fines del Tratado constitutivo del mercado común.

La competencia es la base del sistema de economía de mercado. En estas condiciones, el buen funcionamiento del Mercosur depende de la instauración de un régimen de competencia no falseado, en el espacio económico. Por esa razón, el Tratado CEE, en la parte de la política comunitaria, estatuye reglas de competencia aplicable a las empresas.

Contra lo que afirma el Tratado de Asunción, las reglas de competencia tienen el carácter de instrumentos con relación a la política económica, lo que, en el decir de JUAN IGNACIO FONT GALAN⁷,

"Permite a las autoridades comunitarias adoptar y desarrollar, en cada momento, conforme a las necesidades socioeconómicas conjunturales y estructurales, aquella *política de competencia* más adecuada para la consecución de los fines u objetivos propuestos en el artículo 2.º antes mencionado" (el autor se refiere al dispositivo del Tratado CEE que enuncia los principios de la Comunidad Europea).

El proceso de coordinación progresiva de las políticas macroeconómicas tiene por fin evitar que los contrastes entre ellas perjudiquen la ampliación, mediante la integración, de las dimensiones actuales de los mercados nacionales, los une en un sólo, caracterizado por el desarrollo armonioso de sus actividades económicas.

En los mercados comunes de Europa, Caribe, América Central y América del Sur, las actividades económicas se rigen por el sistema de

⁷ *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*, Real Colegio, Bolonia, 1986, p. 28.

cipantes desse mercado comunitário. Por este motivo chamara a atenção para o fato de que

“a aplicação do princípio de livre concorrência a um espaço de mercado supranacional não se limita a exigir, como requisito prévio, a desapareição das barreiras alfandegárias e a conseqüente ruptura do isolamento dos mercados internos dos países membros da Comunidade, senão que impõe, também, a todos os empresários que operem nela a proibição de eliminar, restringir ou desvirtuar a livre concorrência por meio de acordos privados ou práticas concertadas paralelas, bem como a proibição de abusar de posições de domínio alcançadas no mercado”.

“Portanto, mercado e *livre concorrência econômica* constituem elementos fundamentais do *sistema econômico* estabelecido pelo TCEE para a consecução de seus objetivos fundamentais: um sistema econômico, corporalizado no mercado comum e animado pela liberdade de concorrência” (p. 22).

O artigo 4.º do Tratado obriga os Estados-Membros a

“elaborar normas comuns sobre concorrência comercial”.

Com a supressão das fronteiras e dos obstáculos às relações entre os países participantes do mercado comum, as atividades econômicas se intensificam e a competição se acirra. Em lugar de quatro mercados internos distintos, constitui-se progressivamente um só⁹. Para esse fim, os Estados-Membros consentem a limitação definitiva de seus direitos soberanos em favor de uma ordem jurídica comunitária, no ato da assinatura do acordo internacional, como sucedeu na criação da Comunidade Européia, ou em sucessivas negociações e acordos parciais, como se espera que ocorra no Cone Sul.

O Tratado de Assunção deixa em suspenso a transferência de competências de Estados-Membros para o mercado comum, e não lhe atribui novas. Os Estados-Membros acharam conveniente protelar essa decisão para a fase de estabelecimento definitivo do mercado comum, a 31 de dezembro de 1994. Antes disso, em reunião extraordinária, determinarão a estrutura institucional, as atribuições e o processo de tomada de decisões dos órgãos de administração do mercado comum.

⁹ MAURICE FLORY, *A Política Comercial e a Política de Desenvolvimento, Trinta Anos de Direito Comunitário*, Comissão das Comunidades Europeias, 1984, p. 400. Este autor, referindo-se ao mercado comum criado pela Comunidade Européia, esclarece os dois aspectos daquela entidade: no plano interno, supõe a eliminação entre os Estados-Membros dos direitos aduaneiros, das restrições quantitativas e de toda e qualquer outra medida de efeito equivalente; no plano externo, comporta a instauração de uma pauta aduaneira comum, que o distingue de uma zona de livre comércio, e faz dele uma união aduaneira.

economía de mercado, y ésta por el principio de la libre competencia, cuya fuerza normativa, según aquel comercialista⁸, se extiende a todas las actividades económicas organizadas dentro del espacio territorial de los Estados Miembros, y se aplica a todos los sujetos económicos (públicos y privados) participantes de ese mercado comunitario. Por este motivo, llama atención para el hecho de que

“la aplicación del principio de libre competencia a un ámbito supranacional no se limita a exigir, como requisito previo, la desaparición de las barreras aduaneras y la conseqüente ruptura de tabicación de los mercados internos de los Países Miembros de la Comunidad, sino que impone, también, a todos los empresarios que operen en esta, la prohibición de eliminar, restringir o desvirtuar la libre competencia por medio de acuerdos privados o prácticas concertadas paralelas, así como la prohibición de abusar de posiciones de dominio alcanzadas en el mercado”.

“Portanto, mercado y *libre competencia económica* constituyen elementos fundamentales del *sistema económico* establecido por el TCEE para la consecución de sus objetivos fundamentales: un sistema económico, corporalizado en el mercado común y animado por la libertad de competencia” (p. 22).

El artículo 4.º del Tratado obliga los Estados Miembros a

“elaborar normas comunes sobre competencia comercial”.

Con la supresión de las fronteras y de los obstáculos a las relaciones entre los países participantes del mercado común las actividades económicas se intensifican y la competición se exaspera. En lugar de cuatro mercados internos distintos, se constituye progresivamente un sólo⁹. Para ese efecto, los Estados Miembros admiten la limitación definitiva de sus derechos soberanos en favor de un orden jurídico comunitario, en el acto de la firma del acuerdo internacional, como ocurrió en la creación de la Comunidad Europea, o en las sucesivas negociaciones y acuerdos parciales, como se espera que ocurra en el Cono Sur.

El Tratado de Asunción deja en suspenso la transferencia de competencias de los Estados Miembros para el mercado común y no le atribuye nuevas. Los Estados Miembros entendieron conveniente dejar esa decisión

⁸ Ob. cit., p. 22.

⁹ MAURICE FLORY, *A Política Comercial e a Política de Desenvolvimento, Trinta Anos de Direito Comunitário*, Comissão das Comunidades Europeias, 1984, p. 400. Este autor, referindo-se ao mercado comum criado pela Comunidade Européia, esclarece os dois aspectos daquela entidade: no plano interno, supõe a eliminação entre os Estados-Membros dos direitos aduaneiros, das restrições quantitativas e de toda e qualquer outra medida de efeito equivalente; no plano externo, comporta a instauração de uma pauta aduaneira comum, que o distingue de uma zona de livre comércio, e faz dele uma união aduaneira.

O Tratado constitutivo da Comunidade Européia contém regras de concorrência, ao passo que o Tratado de Assunção comete aos Estados-Membros a atribuição de elaborar normas comuns nessa matéria. Se durante o período transitório não forem criadas, o órgão competente da pessoa jurídica em que se transmutar o MERCOSUL deverá instituir normas de defesa da concorrência nesse espaço econômico ampliado.

A elaboração de normas comuns sobre concorrência demanda uma convenção internacional entre os Estados-Partes do Tratado e a posterior introdução (recepção) dessas regras uniformes em seus territórios.

Em nosso entender, é mais prático aguardar o *estabelecimento do Mercado Comum* e a definição da *estrutura institucional definitiva* dos seus órgãos para que a concorrência seja regulada, não por uma lei uniforme, e sim por uma regulamentação comunitária.

MERCADO COMUM E CONCENTRAÇÃO

Escreve MARCUS LUTTER ¹⁰:

“Visa o Mercado Comum estabelecer pelo menos uma situação de direito, no que concerne às mercadorias, às prestações de serviços e aos capitais, correspondente à que encontramos num certo Estado. O Mercado Comum, portanto, deve ultrapassar a nacionalidade dos seis territórios ¹¹. Porém, o que se denomina Mercado Comum não pode ser considerado independentemente dos seus participantes, que oferecem ou procuram esses bens. Nisto reside a diferença essencial entre uma união aduaneira e a união econômica do Mercado Comum. Se queremos estabelecer uma situação que corresponda à situação em um Estado, o participante do mercado — quer seja uma pessoa física, quer moral — deve poder aproveitar sem cessar as condições econômicas e, por conseguinte, deve poder unir-se a outras empresas. É por isso que as formas de concentração, de que possamos dispor em nível nacional, devem existir, também, no quadro do Mercado Comum.”

O citado autor prossegue dizendo que,

“neste contexto, uma idéia pesa sempre mais. Nos países em que predominam as indústrias médias, como, por exemplo, na França, assim como na Alemanha Ocidental, estes últimos anos conheceram uma vaga de concentrações nacionais de empresas.”

“Esta concentração não foi somente o resultado de uma reação às mudanças dos mercados nacionais, mas igualmente, senão mais, de uma adaptação às condições e necessidades do grande

¹⁰ Vers un Konzern contractuel européen, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1972, p. 1.

¹¹ A Comunidade Econômica Européia começou com esse número de Estados-Membros.

para la etapa de establecimiento definitivo del mercado común, el 31 de diciembre de 1994. Antes de eso, en reunión extraordinaria, determinarán la estructura institucional, las atribuciones y el proceso de toma de decisiones de los órganos de administración del mercado común.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea contiene las reglas de competencia, al paso que el Tratado de Asunción otorga a los Estados Miembros la atribución de elaborar normas comunes en esa materia. Si durante el período transitorio no fueren creadas, el órgano competente de la persona jurídica en que se transformará el Mercosur deberá instituir normas de defensa de la competencia en ese ámbito económico ampliado.

La elaboración de normas comunes sobre competencia requiere una convención internacional entre los Estados Partes del Tratado y la posterior introducción (recepción) de esas normas en sus territorios.

En nuestro entendimiento, es más práctico el “establecimiento del Mercado Común” y la definición de la “estructura institucional definitiva” de los órganos para que la competencia sea regulada, no por una ley uniforme, sino por una reglamentación comunitaria.

MERCADO COMÚN Y CONCENTRACIÓN

“Visa el Mercado Común, escribe MARCUS LUTTER ¹⁰, establecer por lo menos una situación de derecho en lo que se refiere a las mercancías, la prestación de servicios y a los capitales, correspondiente a la que encontramos en un cierto Estado. El Mercado Común, por lo tanto, debe ultrapasar la nacionalidad de los seis territorios ¹¹.”

El mencionado autor sigue diciendo que,

“En este contexto una idea pesa siempre más. En los países en los cuales predominan las industrias medianas como, por ejemplo, la Francia, así como la Alemania Occidental, estos últimos años conocieron una ola de concentraciones nacionales de empresas.

Esta concentración no fué solamente el resultado de una reacción a las mudanzas de los mercados nacionales, pero por igual, si no más, de una adaptación a las condiciones y necesidades del gran Mercado de la Comunidad a la situación producida por la presencia de grandes concurrentes en los mercados internacionales. Pero sí las empresas, en cuanto participantes del Mercado, solamente se adaptan a la situación del Mercado Común

¹⁰ Vers un Konzern contractuel européen, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1972, p. 1.

¹¹ La Comunidad Económica Europea empezó con ese número de Estados Miembros.

Mercado da Comunidade à situação produzida pela presença de grandes concorrentes nos mercados internacionais. Porém, se as empresas, enquanto participantes do Mercado, somente se adaptam à situação do Mercado Comum em nível nacional, quer dizer, se elas não atingem a envergadura de empresa requerida, tanto no Mercado Comum como no plano nacional, não se pode levar muito a sério as conseqüências político-econômicas que resultarão para a Comunidade. Para citar apenas um exemplo: os problemas que se apresentarão para a Comunidade serão os mesmos, já conhecidos, que se apresentam, numa região, para as empresas dominantes: a unidade política regional (município, distrito) deve identificar-se com os problemas dessas empresas e, por isso, deve alterar qualquer evolução harmoniosa.”

A segunda questão que se põe imediatamente nas discussões acerca da concentração de empresas refere-se à manutenção de uma concorrência que funcione. Na organização econômica da CEE, continua escrevendo o supracitado autor (p. 2),

“no que concerne à livre concorrência e no mercado aberto, depende dos sujeitos do mercado, cuja competitividade é garantida, quer no mercado interno, quer no mercado internacional”.

O objetivo da instituição de um mercado comum é criar um espaço econômico único entre Estados. Para isso, não basta a eliminação dos impostos aduaneiros, das taxas de efeito equivalente, das imposições internas mais favoráveis aos produtos internos do que aos provenientes do exterior, bem como a supressão das restrições quantitativas e das medidas de efeito equivalente.

Lembram XAVIER DE ROUX e DOMINIQUE VOILLEMOT¹²,

“entrê os entraves às trocas figuram não somente as regulamentações internas dos vários Estados, mas também as práticas e os acordos que possam reenclausurar o espaço único pretendido pelo tratado.”

No seio do espaço econômico do mercado comum, convém que a concorrência possa funcionar livremente, que não seja restringida pelas práticas dos poderes públicos e das empresas privadas ou, ainda, empresas detentoras de poder econômico. Para respeitar este objetivo, convém estabelecer

“um regime que assegure que a concorrência não seja falseada no mercado comum. Esta missão, confiada às instituições da Comunidade, é particularizada pelos artigos 85 a 90 do Tratado, que fixam as regras aplicáveis às empresas privadas (artigos 85 a 89) e às empresas públicas (artigo 90)”.

¹² *Le Droit de la Concurrence de la CEE*, Joly, Paris, 4^a ed., 1982, p. 1.

em nível nacional, quiere decir si ellas no alcanzan la envergadura de empresa requerida, tanto en el Mercado Común como en el plano nacional, no se puede llevar en serio las consecuencias político-económicas que resultarán para la Comunidad. Para referir apenas un ejemplo: los problemas que se presentarán para la Comunidad serán los mismos, ya conocidos, que se presentan en una región, para las empresas dominantes: la unidad política regional (municipio, distrito) debe identificarse con los problemas de esas empresas y, por eso, debe alterar cualquier evolución armoniosa”.

La segunda cuestión que se pone inmediatamente en las discusiones acerca de la concentración de empresas se refiere a la mantención de una competencia que funcione. En la organización económica de la CEE, prosigue escribiendo el citado autor (p. 2),

“En lo que concierne a la libre competencia en el mercado abierto, depende de los sujetos del mercado cuya competitividad es garantizada sea en el mercado interno, sea en el mercado internacional.”

El objetivo de la institución de un mercado común es crear un ámbito económico entre Estados. Para eso, no basta la eliminación de los derechos aduaneros, de las tasas de efecto equivalente, de las imposiciones internas, así como la supresión de las restricciones cuantitativas y de las medidas de efecto equivalente.

“Entre las trabas a las trocas, recuerdan XAVIER DE ROUX y DOMINIQUE VOILLEMOT¹², figuran no sólo las reglamentaciones internas de los diversos Estados, sino también las prácticas y los acuerdos que puedan reenclausurar el ámbito único pretendido por el tratado.”

En el seno del ámbito económico del mercado común conviene que la competencia pueda funcionar libremente, que no sea restringida por las prácticas de los poderes públicos y de las empresas privadas o, aún, empresas detenedoras del poder económico. Para respetar este objetivo, conviene establecer

“un régimen que asegure que la competencia no sea falseada en el mercado común. Esta misión confiada a las instituciones de la Comunidad está particularizada en los artículos 85 a 90 del Tratado, que fijan las reglas aplicables a las empresas privadas (artículos 85 a 89) y a las empresas públicas (artículo 90)”.

El Tratado que instituye la Comunidad Europea y le atribuye la misión de establecer el mercado común declara incompatibles con éste, y prohíbe,

¹² *Le Droit de la Concurrence de la CEE*, Joly, Paris, 4^a ed., 1982, p. 1.

O Tratado que institui a Comunidade Européia e lhe atribui a missão de estabelecer o mercado comum declara incompatíveis com este, e proíbe, todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros¹³ e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum. As mesmas incompatibilidades, assim como a proibição, recaem sobre as políticas abusivas, na medida em que forem suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros, e consistam no fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

A primeira vedação atinge os cartéis e a segunda, os monopólios. Aqueles restringem a concorrência por meio de acordos entre empresas e práticas combinadas, ou seja, pactos vinculatórios ou não, do ponto de vista jurídico¹⁴; estas outras limitam a concorrência somente quando as empresas abusam da sua posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

A lei norte-americana proscree o monopólio em si, e condena a simples tentativa de criar um monopólio, ao passo que o Tratado de Roma só impede a exploração abusiva de uma posição dominante.

Tanto nos Estados Unidos, como na Comunidade Européia, a concepção de concorrência perfeita¹⁵ cedeu lugar à da concorrência praticável.

Escrevem THIESING, SCHRÖTER e HOCHBAUM¹⁶:

“Por concorrência, no sentido do Tratado não se deve compreender uma concorrência teoricamente perfeita, num mercado

¹³ Quando não prejudicarem o comércio intracomunitário têm aplicação as leis internas.

¹⁴ Há três modos de limitar a concorrência mediante cartel: o acordo, a decisão e a prática concertada. Cada um se diversifica dos outros por um elemento: o acordo e a decisão distinguem-se da prática concertada à medida em que vinculam juridicamente; o acordo e a prática concertada diferenciam-se da decisão enquanto “vinculam” somente os aquiescentes; ao passo que a decisão vale também para os membros não aquiescentes.

¹⁵ São quatro as principais condições de um mercado perfeito: 1) completo conhecimento do mercado pela totalidade dos compradores e vendedores (transparência); 2) grande número de vendedores e compradores (atomicidade); 3) indiferenciação entre os produtos ou serviços (homogeneidade); 4) livre acesso e abandono do mercado (fluidez).

A esta forma de mercado opõe-se, em teoria, o monopólio que se caracteriza pela concentração, em certo ponto do mercado, de toda a produção ou venda de um produto ou serviço numa única empresa, ao passo que a procura se fraciona em grande número de compradores, agindo em condições de concorrência.

¹⁶ *Les Ententes et les Positions Dominantes dans le Droit de la CEE*, Jupiter, Paris, 1977, p. 93.

todos los acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresas y prácticas concertadas susceptibles de afetar el comercio entre los Estados Miembros¹³ y que tengan por objetivo o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común. Las mismas incompatibilidades, así como la prohibición, recaen sobre las políticas abusivas, en la medida en que fueren susceptibles de afectar el comercio entre Estados Miembros y consistan en hecho de una o más empresas explotar de forma abusiva una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial de éste.

La primera prohibición alcanza los carteles y la segunda los monopolios. Aquellos restringen la competencia por medio de acuerdos entre empresas y prácticas combinadas, o sea, pactos vinculadores o no, del punto de vista jurídico¹⁴; las otras limitan la competencia solamente cuando las empresas abusan de su posición dominante en el mercado común o en una parte substancial de éste.

La ley norteamericana proscrib e el monopolio en sí y condena a simple tentativa de crear un monopolio, mientras que el Tratado de Roma sólo impide la explotación abusiva de una posición dominante.

Tanto en los Estados Unidos como en la Comunidad Europea, la concepción de competencia perfecta¹⁵ cedió lugar a la de la competencia practicable.

“Por competencia, en el sentido del Tratado, escriben THIESING, SCHRÖTER y HOCHBAUM¹⁶, no se debe comprender una competencia teóricamente perfecta, en un mercado transparente en el cual todos los operadores, a cualquier momento, son capaces de conocer todos los factores del mercado y de

¹³ Cuando no perjudicaren el comercio intracomunitario tienen aplicación las leyes internas.

¹⁴ Hay tres modos de limitar la competencia mediante cartel: el acuerdo, la decisión y la práctica concertada. Cada uno se diversifica de los otros por un elemento: el acuerdo y la decisión se distinguen de la práctica concertada a la medida en que vinculan juridicamente; el acuerdo y la práctica concertada se diferencian de la decisión en cuanto “vinculan” sólo los aquiescentes; al paso que la decisión vale también para los miembros no aquiescentes.

¹⁵ Las cuatro principales condiciones de un mercado perfecto: 1) completo conocimiento del mercado por la totalidad de los compradores y vendedores (transparencia); 2) gran número de vendedores y compradores (atomicidad); 3) indiferenciación entre productos o servicios (omogeneidad); 4) libre acceso y abandono del mercado (fluidez).

A esta forma de mercado se oponen, en teoría, el monopolio, que se caracteriza por la concentración, en cierto punto del mercado, de toda la producción o venta de un producto o servicio en una sólo empresa, al paso que la demanda se fracciona en gran número de compradores, actuando en condiciones de competencia.

¹⁶ *Les Ententes et les Positions Dominantes dans le Droit de la CEE*, Jupiter, Paris, 1977, p. 93.

transparente, no qual todos operadores, a qualquer momento, são capazes de conhecer todos os fatores do mercado, e de agir de acordo com eles, e no qual o número de operadores é tão grande que nenhum pode influir, de modo essencial, nas condições do mercado. Tal noção da concorrência não passaria de um modelo teórico, destituído de significação prática. A concorrência que o art. 85 visa proteger é a chamada efetiva ou praticável (*workable competition*). Uma concorrência dessas existe quando se evita que práticas privadas impeçam ou anulem os progressos a obter na realização do mercado comum, em razão da supressão das restrições de direito público.”

A diferença básica entre a legislação antimonopólio da Comunidade Europeia e a dos Estados Unidos reside no sistema de cada uma delas; que se baseiam, respectivamente, na licitude e na proibição. Na Comunidade Europeia, as restrições à concorrência são lícitas, enquanto uma decisão não as impeça para o futuro. Nos Estados Unidos essas mesmas limitações são vedadas; entretanto, pode ser reconhecida a validade de algumas, no curso de um processo, mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria autoridade.

O sistema comunitário chama-se, também, sistema do abuso, porque o Tratado de Roma pretende estabelecer um regime em que a concorrência não seja falseada no mercado comum, quer pelas ações concertadas das empresas, quer pelo abuso da posição dominante que desfrutam. O conjunto dessas ações tem a denominação de práticas comerciais restritivas, que se classificam em dois grupos: acordos restritivos, da concorrência (colusão entre empresas) e exploração abusiva da posição dominante. O art. 85 do Tratado CEE subdivide o primeiro grupo em três tipos: a) acordos entre empresas; b) decisões de associações de empresas; e c) práticas concertadas. São elementos constitutivos da proibição: dessas restrições que têm origem na colusão: o concurso de vontades, a restrição à concorrência e o prejuízo ao comércio entre os Estados-Membros¹⁷.

Advertem ALDO FRIGNANI e MICHEL WAELBROECK¹⁸, que

“o art. 86 do referido Tratado não veda a existência de uma posição dominante, mas se limita a vedar a exploração abusiva.

17. A disposição comunitária guarda correspondência com a do art. 1º da lei Sherman, que declara ilegal todo contrato, combinação em forma de trust ou de outro tipo ou conspiração que restrinja o comércio ou a indústria entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras.

EDUARDO GALAN CORONA (*Acuerdos Restrictivos de la Competencia*, Montecarlo, Madrid, 1977, p. 69) resalta que “a aplicação da lei Sherman às práticas colusórias situa-se dentro da denominada ‘per se condemnation theory’; isto implica que, constatada a existência de determinado acordo tendente a restringir a concorrência, a sanção legal deve recair inexoravelmente sobre esta prática, sem consideração das circunstâncias que concorram para fazê-la ‘razoável’.

18 *Disciplina della Concorrenza nella CEE*, 3ª ed., Jovene, Napoli, 1983, p. 99.

actuar de acuerdo con ellos y en lo cual el número de operadores es tan grande que ninguno puede influir, de modo esencial, en las condiciones del mercado. Esa noción de la competencia no pasaría de un modelo teórico, desprovisto de significación práctica. La competencia que el art. 85 visa proteger es la llamada efectiva o practicable (*workable competition*). Una tal competencia existe cuando se evita que prácticas privadas impidan o anulen los progresos a fin de obter en la realización del mercado común, en razón de la supresión de las restricciones de derecho público.”

La diferencia básica entre la legislación antimonopolio de la Comunidad Europea y la de los Estados Unidos reside en el sistema de cada una de ellas; que se desean, respectivamente, en la licitud y en la prohibición. En la Comunidad Europea, las restricciones a la competencia son lícitas, mientras una decisión no las impida para el futuro. En los Estados Unidos esas mismas limitaciones son vedadas; sin embargo, puede ser reconocida la validez de algunas, en el curso de un proceso, mediante provocación del interesado o por iniciativa de la misma autoridad.

El sistema comunitario se llama, también, sistema del abuso, porque el Tratado de Roma pretende establecer un régimen en el cual la competencia no sea falseada en el mercado común, sea por las acciones concertadas de las empresas, sea por el abuso de la posición dominante que disfrutan. El conjunto de esas acciones tiene la denominación de prácticas comerciales restrictivas, que se clasifican en dos grupos: acuerdos restrictivos de la competencia (colusión entre empresas) y exploración abusiva de la posición dominante. El art. 85 del Tratado CEE subdivide el primer grupo en tres tipos: a) acuerdos entre empresas; b) decisiones de asociaciones de empresas; e c) prácticas concertadas. Son elementos constitutivos de la prohibición de tales restricciones que tienen origen en la colusión: el concurso de voluntades, la restricción a la competencia y el perjuicio al comercio entre los Estados Miembros¹⁷.

“El art. 86 del referido Tratado, advierten ALDO FRIGNANI y MICHEL WAELBROECK¹⁸, no veda la existencia de una

17 La disposición comunitaria guarda correspondencia con el art. 1º de la ley Sherman, que declara ilegal todo contrato, combinación en forma de trust o de otro tipo o conspiración que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras.

EDUARDO GALAN CORONA (*Acuerdos Restrictivos de la Competencia*, Montecarlo, Madrid, 1977, p. 69) resalta que “la aplicación de la ley Sherman a las prácticas colusórias se situa dentro de la denominada ‘per se condemnation theory’; esto implica que, constatada la existencia de determinado acuerdo tendiente a restringir la competencia, la sanción legal debe recaer sobre esta práctica, sin consideración de las circunstancias que concurran para hacerla ‘razoable’.

18 *Disciplina della Concorrenza nella CEE*, 3ª ed., Jovene, Napoli, 1983, p. 99.

Tampouco impede a aquisição ou a consolidação de uma posição dominante, quer ocorra por fusão, concentração ou por outra forma, desde que essa aquisição não se tenha tornado possível pela exploração abusiva de uma posição dominante¹⁹.”

CONCENTRAÇÃO E CONCORRÊNCIA

Os dois sistemas legislativos (norte-americano e comunitário europeu) não tolgem o monopólio, nem a posição dominante de per si.

Quanto à concentração, o Tratado que institui a Comunidade Européia se abstém de regular especificamente a matéria²⁰. Nos Estados Unidos, ao contrário, o art. 7.º da lei Clayton impede que uma sociedade mercantil adquira, direta ou indiretamente, a totalidade ou parte das ações ou participação de capital, ou a totalidade ou parte dos bens de outra, quando, por efeito desta aquisição, a concorrência possa reduzir-se substancialmente, ou se pretenda a criação de monopólio.

Em qualquer mercado comum é desejável, em princípio, a concentração de empresas dos diversos Estados-Membros, que lhes transponham as fronteiras, como consequência ou meio para atingirem a integração progressiva

19 O art. 2º da lei Sherman declara ilegal a monopolização ou a tentativa de monopolização de qualquer parte do comércio, entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras.

Observa EDUARDO GALAN CORONA (ob. cit., p. 72) ser este “o único preceito em toda a regulamentação *antitrust* norte-americana que faz referência ao tema destas práticas restritivas. Para fixar os dados gerais da proibição é necessário assinalar que o art. 2º da lei Sherman não proíbe o monopólio como tal; a simples magnitude empresarial não é sancionada. Os tribunais norte-americanos, em consequência, deram realce à conduta concreta das empresas com poder de monopólio (*monopoly power*)”.

20 Com sua reconhecida autoridade, ALBERTO TRABUCCHI (*Sviluppo della Giurisprudenza e suo Significato nella Disciplina Comunitaria della Concorrenza*, Rivista di Diritto Civile, 1983, I, p. 516), pondera que “O Tratado CEE não lhe faz menção expressa, (à concentração) limitando-se a atingir, junto com as colusões do art. 85, as situações de abuso de posição dominante no mercado (artigo 86). Mas tínhamos dito, além disso, que o sistema criado originariamente como meio para garantir a livre concorrência entre as empresas, em toda a área do mercado comum, desse modo, havia servido como instrumento para a execução de uma política económica.

A interpretação dos mercados nacionais num mercado único pressupõe, igualmente, uma colaboração mais estreita, e o estabelecimento de laços de toda espécie entre as empresas dos diversos Estados-Membros. Não há qualquer razão, em princípio, para desestimular a concentração dessas empresas da Comunidade: pelo contrário, interessa ao progresso do mercado comum criar condições, inclusive no plano jurídico, que facilitem o processo de integração e de robustecimento das empresas, sobretudo quando se tenha presente que o fenómeno da concentração é ainda mais importante, hoje, nas relações entre empresas comunitárias e empresas dos Estados terceiros, particularmente americanas, do que entre empresas dos diversos Estados-Membros”.

posición dominante pero se limita a vedar la explotación abusiva. Tampoco impide la adquisición o la consolidación de una posición dominante, sea que ocurra por fusión, concentración o por otra forma, desde que esa adquisición no haya hecho posible por la explotación abusiva de una posición dominante¹⁹.”

CONCENTRACIÓN Y COMPETENCIA

Los dos sistemas legislativos (norteamericano y comunitario europeo) no prohíben el monopolio, ni la posición dominante por sí.

Cuanto a la concentración, el Tratado que instituye la Comunidad Europea se abstiene de regular específicamente la materia²⁰. En los Estados Unidos, inversamente, el art. 7.º de la ley Clayton impide que una sociedad mercantil adquiera, directa o indirectamente, la totalidad o parte de las acciones o participación de capital, o la totalidad o parte de los bienes de otra, cuando, por efecto de esta adquisición, la competencia pueda reducirse substancialmente o se pretenda a creación de los monopolios.

En cualquier mercado común es deseable, en principio, la concentración de empresas de los diversos Estados Miembros, que traspasen las

19 El art. 2º de la ley Sherman declara ilegal la monopolización o la tentativa de monopolización de cualquier parte del comercio, entre los diversos Estados o con naciones extranjeras.

Observa EDUARDO GALAN CORONA (ob. cit., p. 72) ser este “el único precepto en toda la normativa *antitrust* norteamericana que hace referencia al tema de estas prácticas restrictivas de la competencia que denominamos monopolísticas. Para fijar los datos generales de la prohibición hay que señalar que la sección 2ª de la Sherman Act no prohíbe el monopolio en cuanto tal; la mera magnitud empresarial no es sancionada. Los tribunales norteamericanos, en consecuencia, han puesto el acento sobre la conducta concreta de las empresas con poder de monopolio (*monopoly power*)”.

20 Con su reconocida autoridad, ALBERTO TRABUCCHI (*Sviluppo della Giurisprudenza e suo significato nella Disciplina Comunitaria della Concorrenza*, Rivista di Diritto Civile, 1973, I, p. 516), pondera que “El Tratado CEE no le hace mención expresa (a la concentración), limitándose a alcanzar, junto con las colusiones del art. 85, las situaciones de abuso de posición dominante en el mercado (artigo 86). Pero, habíamos dicho, además de eso, que el sistema creado originalmente como medio para garantizar la libre competencia, entre empresas, en toda la área del mercado común, de ese modo, había servido como instrumento para la ejecución de una política económica.

La interpenetración de los mercados nacionales en un mercado único presupone, igualmente, una colaboración más estrecha y el establecimiento de lazos de toda especie entre empresas de los diversos Estados Miembros. No hay cualquier razón, en principio, para desestimular la concentración de esas empresas de la Comunidad: al contrario, interesa al progreso del mercado común, crear condiciones, incluso en el plano jurídico, que faciliten el proceso de integración y de robustecimiento de las empresas, sobre todo cuando se tiene presente que el fenómeno de la concentración es aún más importante, hoy, en las relaciones entre empresas comunitarias y empresas de los Estados terceros, particularmente americanas, que entre empresas de los diversos Estados Miembros”.

dos mercados nacionais. Sob o aspecto da concorrência, aceitam-se essas concentrações, quando não as restrinjam de modo intolerável. WOLFGANG HOFERMEHL²¹ assinala a reduzida importância das leis nacionais contra as restrições à concorrência pelas concentrações de empresas. Nos países em que existem, tratam-nas com grande reserva, e não se lhes opõem impedimentos sérios às concentrações além das fronteiras.

“Por esta razão e por causa da integração dos mercados nacionais no Mercado Comum, o problema da concentração das empresas é, atualmente, menos um problema de direito nacional que um problema de direito Comunitário europeu.”

No Tratado de Roma, as regras de concorrência relativas aos cartéis não impõem maiores limitações à concentração de empresas pertencentes aos países da Comunidade. Por outro lado, as regras de concorrência sobre abuso de poder não tratam da concentração de empresas. Desse modo, o art. 86 daquele Tratado engendra o problema da sua aplicação à concentração de empresas, nem sequer mencionado em seu texto.

Um tal silêncio, segundo a interpretação de ENZO MOAVERA-MILANESI²², não se pode atribuir à causalidade. O Tratado CECA regula a autorização prévia para as operações que tenham como efeito, direto ou indireto, a concentração de empresas. O Relatório Spack apresentado à Conferência de Messina, que antecedeu à assinatura do Tratado CEE, propõe o controle das operações dessa natureza. Em face disso, o autor acima mencionado chega à seguinte conclusão:

“Uma razão plausível do silêncio reside no fato de que, à época, nas legislações dos países europeus, ainda não existiam normas específicas sobre concentração. O problema, em certo sentido, era posto como excepcional, e se julgava que somente se verificava em certos contextos do mercado.”

A omissão, contudo, não constitui empecilho à regulamentação das concentrações pelo Conselho das Comunidades Europeias²³, que, nos considerandos 6 e 7, reconhece: segundo a jurisprudência da Corte de Justiça, os artigos 85 e 86, embora possam aplicar-se a certas concentrações, não bastam, entretanto, para cobrir todas as operações suscetíveis de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada, previsto no tratado; e que, portanto, instava criar um instrumento jurídico novo, sob a forma de regulamento²⁴, que ensejasse o controle efetivo de

21. *Concentrations entre entreprises appartenant à différents pays de la Communauté économique européenne*, Rivista delle Società, 1968, p. 1.034.

22. *Concorrenza e concentrazione tra imprese*, Rivista delle Società, 1988, p. 507.

23. Regulamento (CEE) nº 4.064/89, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controle das operações de concentração entre empresas.

24. O regulamento comunitário é a principal expressão do poder normativo da Comunidade Europeia, e se caracteriza por sua generalidade, obrigatoriedade e aplicabilidade direta e imediata no interior dos Estados-Membros.

fronteras, como consecuencia o medio para alcanzar la integración progresiva de los mercados nacionales. Bajo el aspecto de la competencia, se aceptan esas concentraciones, cuando no las restringen de modo intolerable. WOLFGANG HOFERMEHL²¹ señala la reducida importancia de las leyes nacionales contra las restricciones a la competencia por las concentraciones de empresas. En los países en que existen, se las tratan con gran reserva, y no se les oponen impedimentos serios a las concentraciones más allá de las fronteras.

“Por esta razón y por causa de la integración de los mercados nacionales en el Mercado Común, el problema de la concentración de las empresas es, actualmente, menos un problema de derecho nacional que un problema de Derecho Comunitario europeo.”

En el Tratado de Roma, las reglas de competencia relativas a los carteles no imponen mayores limitaciones a la concentración de empresas pertenecientes a los países de la Comunidad. Por otro lado, las reglas de competencia sobre abuso de poder no tratan de la concentración de empresas. De ese modo, el art. 86 de aquel Tratado genera el problema de su aplicación a la concentración de empresas, ni siquiera mencionado en su texto.

Un tal silencio, según la interpretación de ENZO MOAVERA-MILANESI²², no se puede atribuir a la casualidad. El Tratado CECA regula la autorización previa para las operaciones que tengan como efecto, directo o indirecto, la concentración de empresas. El Informe Spack presentado a la Conferencia de Mesina, que antecedió a la firma del Tratado CEE, propone el control de las operaciones de esa naturaleza. Delante de eso, el autor anteriormente mencionado llega a la siguiente conclusión:

“Una razón plausible del silencio reside en el hecho de que, a la época, en las legislaciones de los países europeos, aún no existían normas específicas sobre concentración. El problema, en cierto sentido, era puesto como excepcional, y se juzgaba que solamente se verificaba en ciertos contextos del mercado.”

La omisión, con todo, no constituye impedimento a la reglamentación de las concentraciones por el Consejo de las Comunidades Europeas²³, que, en sus considerandos 6 y 7, reconoce: según la jurisprudencia de la Corte de Justicia, los artículos 85 y 86, aún cuando puedan aplicarse a determinadas concentraciones, no bastan para cubrir todas las operaciones

21. *Concentrations entre entreprises appartenant à différents pays de la Communauté économique européenne*, Rivista delle Società, 1968, p. 1.034.

22. *Concorrenza e concentrazione tra imprese*, Rivista delle Società, 1988, p. 507.

23. Reglamento (CEE) nº 4.064/89, de 21 de diciembre de 1989, relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas.

todas as concentrações, em função de sua incidência sobre a estrutura de concorrência na Comunidade, e fosse o único aplicável a essas operações.

ENZO MOAVERA-MILANESI²⁵ acentua a complexidade que caracteriza a matéria da concentração de empresas, a partir da própria definição:

“Não se trata, de fato, de uma figura jurídica precisa: ao contrário, mais parece uma noção econômica, emprestada ao direito, que agrupa — ou quiçá se deveria dizer, pretende agrupar — diversas figuras jurídicas distintas.

Costuma-se, em geral, colocar o acento sobre o elemento *control* que um sujeito — pessoa, empresa ou grupo societário — adquire sobre outra empresa, fazendo desaparecer a autonomia econômica e incidente sobre sua estrutura. Por consequência podem incluir-se nessa noção as seguintes hipóteses: a fusão, tanto pela incorporação, como mediante a criação de uma nova empresa, eventualmente de uma *holding* (...); a aquisição de participação financeira; a atribuição de encargo de gestão: pode-se ter, assim, uma *sorte de união pessoal* entre empresas, por efeito da identidade, por exemplo, dos administradores de sociedades juridicamente independentes; pelo contrato ou por acordos, de qualquer espécie, que confirmam o controle: por exemplo, relativos ao direito de voto ou à sujeição de uma empresa que, não obstante, continua juridicamente independente.

Todavia, é oportuno salientar que, nas duas últimas espécies antes citadas, a concentração parece incidir mais sobre o funcionamento da empresa que sobre sua estrutura.

No interior da categoria geral, segue a exposição (p. 501), existe uma divisão entre *concentração total e parcial*, que se revelou fundamental, particularmente com respeito às normas comunitárias sobre a concorrência. Tem-se a primeira quando a operação concerne à totalidade da empresa ou da azienda, e a segunda, quando a operação se limita a parte da empresa ou a um ramo da azienda. Esta última figura é a que acarreta os maiores problemas valorativos quando se aproxima, e, às vezes, na prática, coincide com a da constituição de uma empresa comum (com frequência definida impropriamente como *joint venture*), que provoca um impacto concorrencial diferente.”

A concentração é um meio excepcional de crescimento das empresas, e este traz, entre outras vantagens, a redução de custos, a oportunidade de acesso às fontes de financiamento e a criação de condições para o desenvolvimento de pesquisas.

O art. 3.º do regulamento comunitário das concentrações considera que há operação dessa espécie em dois casos: quando duas ou mais empresas,

25 Ob. cit., p. 500.

suscetibles de se revelen incompatibles con el régimen de competencia no falseada, previsto en el tratado; y que, por lo tanto, falta crear un instrumento jurídico nuevo, bajo la forma de reglamento²⁴, que diese ocasión al control efectivo de todas las concentraciones, en función de su incidencia sobre la estructura de competencia de la Comunidad y que fuese el único aplicable a esas concentraciones.

ENZO MOAVERA-MILANESI²⁵ acentua la complejidad que caracteriza la materia de la concentración de empresas, a partir de la propia definición:

“no se trata, de hecho, de una figura jurídica precisa: al contrario, más parece una noción económica, emprestada al derecho, que se agrupa — o quizás se debería decir, pretende agrupar — diversas figuras jurídicas distintas.

Se costumbra, en general, colocar el acento sobre el elemento *control* que un sujeto — persona, empresa o grupo societario — adquire sobre otra empresa, haciendo desaparecer la autonomía económica e incidente sobre su estructura. Por consecuencia pueden incluirse en esa noción las siguientes hipótesis: la fusión, tanto por la incorporación, como mediante la creación de una nueva empresa, eventualmente de una *holding* (...); la adquisición de participación financiera; la atribución de encargo de gestión: se puede tener, así una *sorte de unión personal* entre empresas, por efecto de la identidad, por ejemplo, de los administradores de sociedades juridicamente independientes; por el contrato o por acuerdos, de cualquier especie, que confieran el control; por ejemplo, relativos al derecho de voto o a la sujeción de una empresa que, no obstante, continúa juridicamente independiente.

Es oportuno resaltar que, en las dos especies antes citadas, la concentración parece incidir más sobre el funcionamiento de la empresa que sobre su estructura.

En el interior de la categoría general, sigue a exposición (p. 501), existe una división entre *concentración total y parcial*, que se reveló fundamental, particularmente a respecto de las normas comunitarias sobre la competencia. Se tiene la primera cuando la operación concierne a la totalidad de la empresa o de la hacienda y la segunda, cuando la operación se limita a parte de la empresa o a un ramo de la hacienda. Esta última figura es la que acarreta los mayores problemas valorativos

24 El reglamento comunitario es la principal expresión del poder normativo de la Comunidad Europea, e se caracteriza por su generalidad, obligatoriedad e aplicabilidad directa e inmediata en el interior de los Estados Miembros.

25 Ob. cit., p. 500.

anteriormente independentes, fusionam-se e quando uma ou mais pessoas ou empresas, que já detêm o controle, pelo menos, de uma empresa, adquirem, direta ou indiretamente, seja através de contrato, seja por qualquer outro meio, o controle da totalidade ou parte de uma ou mais empresas.

A concentração, por outro lado, pode encerrar perigos para a livre concorrência, quais sejam: a) conduzir à estrutura de mercado oligopolista, em que a menor transparência entre os concorrentes torna possíveis, condutas paralelas que, na Comunidade Européia, por exemplo, estão sujeitas à proibição dos cartéis²⁶.

Os tribunais estadunidenses desenvolveram a doutrina do paralelismo consciente (*conscious parallelism*), com base no art. 1.º da lei Sherman, que reprime as restrições à concorrência derivadas da colusão. Esta, em muitos casos, não se revela e, não se dando a conhecer, os juízes ficavam sem prova da sua existência. Aquela doutrina afirma que a ação concreta das empresas pode dar margem à dedução da existência de um acordo (*agreement*) entre elas. Por outras palavras, o paralelismo consciente da conduta de várias empresas exime da prova da colusão (*conspiracy*).

O direito comunitário europeu considera que há prática concertada quando se conjugam dois elementos: a conduta das empresas, coincidente

26 Cf. THIESING, SCHRÖTER e HOCHBAUM, ob. cit., p. 83.

A prática concertada, que o Tratado CEE proíbe, surgiria se a *price leader* não pudesse aumentar autonomamente seus preços, contando com a adesão das empresas concorrentes, e lhes recomendasse idêntico procedimento. "Se as concorrentes, explicam aqueles especialistas em Direito da Concorrência, deixam entender que seguirão esta recomendação e se todas as empresas aumentam, então, seus preços, este aumento repousa sobre um comportamento concertado. A situação é idêntica se a *price leader* anuncia a alta dos preços para uma data futura, na esperança de que os seus concorrentes farão o mesmo, e se eles o façam efetivamente.

Se as empresas têm o direito de se adaptar inteligentemente ao comportamento verificado ou esperado dos seus concorrentes, proíbe-se-lhes que estabeleçam entre eles qualquer contato, direto ou indireto, tendo por objetivo ou por efeito, seja influenciar o comportamento no mercado de um concorrente atual ou potencial, seja revelar-lhe o comportamento, já decidido ou que ela mesma pretende adotar no mercado.

E por isso que constitui igualmente prática concertada o fato de um operador económico acolher as reclamações que lhe dirija outro operador, por causa da concorrência que fazem a este último os produtos comercializados pelo primeiro, por exemplo. Se um vendedor alinha seu preço sobre o mais elevado de um concorrente, com vistas a não descontentar este último, diga-se de passagem, cliente importante, com uma política comercial de natureza a tirar-lhe parte de sua clientela.

É evidentemente difícil, na prática, distinguir-se entre prática concertada proibida e comportamento paralelo permitido.

Por ocasião da análise, convém partir do princípio de que a interdição das práticas concertadas visa atingir um comportamento anticoncorrencial quando não pode ser provado que este comportamento deriva de acordos ou de decisões."

quando se aproxima, y a veces, en la práctica, coincide con la constitución de una empresa común (con frecuencia definida impropriamente como *joint venture*), que provoca un impacto competitivo diferente".

La concentración es un medio excepcional de crecimiento de las empresas y trae, entre otras ventajas, la reducción de costos, la oportunidad de acceso a las fuentes de financiamiento y la creación de condiciones para el desarrollo de investigaciones.

El art. 3.º del reglamento comunitario de las concentraciones considera que hay operación de concentración en dos casos: cuando dos o más empresas, anteriormente independientes, se fusionan y cuando una o más personas o empresas, que ya detienen por lo menos el control de una empresa, adquieren, directa o indirectamente, sea a través de contrato, sea por cualquier otro medio, el control de la totalidad o parte de una o más empresas.

La concentración, por otro lado, puede encerrar peligros para la libre competencia, cuales son: a) conducir a la estructura de mercado oligopolista, en el cual la menor transparencia entre los concurrentes hace posibles conductas paralelas que, en la Comunidad Europea, por ejemplo, están sujetas a la prohibición de los carteles²⁶.

26 Cf. THIESING, SCHRÖTER e HOCHBAUM, ob. cit., p. 83.

La práctica concertada, que el Tratado CEE prohíbe, surgiria si la *price leader* no pudiera aumentar autonomamente sus precios, contando con la adhesión de las empresas concorrentes, y les recomendase idêntico procedimiento. "Si las concorrentes, explican aquellos especialistas en Derecho de la Competencia, dejan entender que seguirán esta recomendación y si todas las empresas aumentan, entonces, sus precios, este aumento repousa sobre un comportamiento concertado. La situación es idêntica si la *price leader* anuncia una alza de los precios para una fecha futura, con la esperanza de que sus concurrentes harán lo mismo, y si ellos lo hacen efectivamente.

Si las empresas tienen el derecho de se adaptar al comportamiento verificado o esperado de sus concurrentes, se les prohíbe que establezcan entre ellos cualquier contacto, directo o indirecto, teniendo por objeto o por efecto, sea influenciar el comportamiento en el mercado de un concorrente actual o potencial, sea revelar-le el comportamiento, ya decidido o que ella misma pretende adoptar.

Es por eso que constituye igualmente práctica concertada el hecho de un operador económico acoger las reclamaciones que le dirija otro operador, por causa de la competencia que hacen a este último los productos comercializados por el primero, por ejemplo. Si un vendedor alinea su precio sobre el más elevado de un concorrente, con vistas a no descontentar este último, digase de pasage, cliente importante, con una política comercial de naturaleza a sacarle parte de su clientela.

Es evidentemente difícil, en la práctica, distinguirse entre práctica concertada prohibida y comportamiento paralelo permitido.

En ocasión de la análisis, conviene partir del principio de que la prohibición de las prácticas concertadas visa alcanzar un comportamiento anticoncorrencial cuando no puede ser probado que este comportamiento deriva de acuerdos o de decisiones".

ou não, e o acordo de vontades, responsável pelo seu comportamento no mercado. Este, como leciona EDUARDO GALAN CORONA²⁷,

“por não ser patente em múltiplas ocasiões terá que inferir-se da conduta empresarial, levadas em conta as circunstâncias de mercado, a estrutura de custos das empresas, etc., dados que podem levar à convicção de que a atuação das empresas corresponde a um certo tipo de acordo, acuerdo ou concerto que, de outra parte, não será fácil determinar em que consistirá. Está claro, ainda, ser preciso um concerto ou concurso de vontades, não bastando o mero paralelismo de condutas; também fica claro que não se trata de um acordo, no sentido do art. 85 do Tratado de Roma, assinalando a doutrina que o concerto subjacente às práticas concertadas carece da nota da eficácia jurídica; é claro, porém, que existe, entre estes dois extremos, um extenso campo, cuja delimitação apresenta evidentes dificuldades”.

Aponta o autor a diferença existente entre a legislação antitruste norte-americana e o Tratado de Roma:

“este configura as práticas concertadas como instituição de direito substantivo, da mesma categoria e idêntica graduação que os acordos e as decisões das associações de empresas. Disto resulta uma consequência que será necessário tomar em consideração, qual seja, a de que não se pode considerar as práticas concertadas unicamente como meio de prova, como o faz o Direito norte-americano, senão que, da existência de uma conduta uniforme e paralela de várias empresas poderá inferir-se que estamos diante de uma prática concertada ou ante acordo, no sentido do art. 85, cujas manifestações práticas são constituídas pela conduta em questão”.

O traço distintivo das práticas concertadas, em comparação com os acordos entre empresas e as decisões de associação de empresas, é que o art. 85 do Tratado CEE proíbe os últimos quando tenham por objeto ou por efeito restringir a concorrência, e, em relação às primeiras, não cabe o dualismo, porquanto, pelo simples fato de serem práticas, não podem ter por objeto uma restrição à concorrência, a exemplo de um acordo, senão que, ao serem executadas, ocasionarão ou não o efeito restritivo na concorrência. Somente quando o produzirem, as práticas concertadas poderão ser proibidas, ao passo que, no tocante aos acordos e decisões, é possível que a vedação anteceda seus efeitos prejudiciais, sempre que tiverem por objeto ou por efeito restringir a concorrência.

O autor que vimos citando mostra outra diferença básica: o acordo de vontades subjacentes nas práticas concertadas carece de eficácia jurídica

27 Ob. cit., p. 325.

Los tribunales estadounidenses desarrollaran la doctrina del paralelismo consciente (“conscious parallelism”), con base en el art. 1.º de la ley Sherman, que reprime las restricciones a la competencia derivadas de la colusión. Esta, en muchos casos, no se revela, y no se dando a conocer, los jueces quedaban sin prueba de su existencia. Aquella doctrina afirma que la acción concreta de las empresas puede dar margen a la deducción de la existencia de un acuerdo (*agreement*) entre ellas. Con otras palabras, el paralelismo consciente de la conducta de diversas empresas exime la prueba de la colusión (*conspiracy*).

El derecho comunitario europeo considera que hay práctica concertada cuando se unen dos elementos: la conducta de las empresas, coincidente o no, y el acuerdo de voluntades, responsable por su comportamiento en el mercado. Este, leciona EDUARDO GALAN CORONA²⁷,

“Habrà que inferirlo de la conducta empresarial, teniendo en cuenta las circunstancias de mercado, la estructura de costos de las empresas, etc., datos que pueden conducir al convencimiento de que la actuación de las empresas responde a un cierto tipo de acuerdo, acuerdo o concerto que, por otra parte, no será fácil determinar en que ha concurso de voluntades, no bastando el mero paralelismo de conductas; también es claro que no ha de tratarse de un acuerdo, en el sentido que apunta el artículo 85 del Tratado de Roma, señalando la doctrina que el concierto que subyace en las prácticas concertadas carece de la nota de la eficacia jurídica; pero es claro, que entre estos dos extremos queda un amplio campo cuya determinación presenta evidentes dificultades.”

Apunta el autor la diferencia existente entre la legislación antitrust norteamericana y el Tratado de Roma:

“...este configura a las prácticas concertadas... como institución de derecho substantivo, a la misma altura y con idéntico rango que los acuerdos y las decisiones de las asociaciones de empresas. De aquí deriva una consecuencia que será preciso tomar en consideración y es que no se puede considerar a las prácticas concertadas únicamente como un medio de prueba, como hace el derecho estadounidense, sino que de la existencia de una conducta uniforme y paralela de varias empresas podrá inferirse que nos hallamos ante una práctica concertada o ante un acuerdo, en el sentido del art. 85, cuyas manifestaciones prácticas están constituídas por la conducta en cuestión.”

El trazo distintivo de las prácticas concertadas, en comparación con los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociación de empresas,

27 Ob. cit., p. 325.

para obrigar os intervenientes, ao invés dos acordos e decisões que, somente na hipótese de não a terem, devem ser reprimidos junto com estes.

No que tange ao controle do abuso de posição dominante, WOLFGANG HOFERMEHL²⁸ acusa a existência de duas concepções distintas, que têm por objetivo, respectivamente, limitar o controle do comportamento no mercado de empresas poderosas, ou aplicá-lo às concentrações que modificam a estrutura das empresas envolvidas.

CONCENTRAÇÃO EM ESCALA NACIONAL E CONCENTRAÇÃO DE DIMENSÃO COMUNITÁRIA

Nos países reunidos num mercado comum, a questão da concentração de empresas tem dois aspectos: o interno e o comunitário. Quando são empresas nacionais que exercem suas atividades no território do país da respectiva sede, o problema da concentração deve ser analisado em escala nacional. Quando exercem suas atividades nos mercados de outros países reunidos no mercado comum, a concentração passa a ser um problema deste.

Conforme WOLFGANG HOFERMEHL²⁹.

“Por um lado, as empresas nacionais que, em razão da sua importância, poderiam justificar o controle, exercem sua atividade em outros mercados; é difícil, portanto, analisá-las em escala nacional. Por outra parte, concentrações que atuam somente no interior de um país não poderiam ter nenhuma influência importante na concorrência interna, porque esta é muito vigorosa, em razão da presença de empresas estrangeiras num mercado limitado.”

As concentrações que invadem as fronteiras dos Estados-Membros não podem ser contidas pelas leis nacionais. A consideração decisiva, para o autor, é que as medidas adotadas isoladamente pelos Estados-Membros menosprezariam o fato de que o problema da concentração de empresas é, sobretudo, um problema do mercado comum e, por conseguinte, de direito comunitário.

A tendência dos mercados nacionais de se integrarem num mercado comum inspira duas reflexões, assim descritas pelo mencionado autor: antes de tudo, é necessário pensar que, no caso das concentrações, cogitam-se de controles sobre as modificações da estrutura do mercado e, portanto, essencialmente das posições de poder que podem advir da concentração de grandes unidades de empresas. A existência desta força relativamente ao mercado, a necessidade e importância da luta não podem ser consideradas senão no quadro do mercado comum. Os monopólios

28 Ob. cit., p. 1.055.

29 Ob. cit., p. 1.042.

es que el art. 85 del Tratado CEE prohíbe los últimos cuando tengan por objeto o por efecto restringir la competencia y, en relación a las primeras, no cabe el dualismo, por cuanto, por el simple hecho de ser prácticas, no pueden tener por objeto una restricción a la competencia, a ejemplo de un acuerdo, sino que, al ser ejecutadas, ocasionen o no el efecto restrictivo en la competencia. Solamente cuando lo produzcan las prácticas concertadas podrán ser prohibidas, al paso que, en lo tocante a los acuerdos y decisiones es posible que la prohibición anteceda a sus efectos perjudiciales, siempre que tengan por objeto e por efecto restringir la competencia.

El autor que venimos citando muestra otra diferencia básica: el acuerdo de voluntades subyacentes en las prácticas concertadas carece de eficacia jurídica para obligar a los intervenientes, al contrario de los acuerdos y decisiones que solamente en la hipótesis de no tenerla deben ser reprimidos, junto con estos.

En lo que concierne al control del abuso de posición dominante, WOLFGANG HOFERMEHL²⁸ acusa la existencia de dos concepciones distintas, que tienen por objetivo, respectivamente, limitar el control del comportamiento en el mercado de empresas poderosas, o aplicarlo a las concentraciones que modifican la estructura de las empresas envolvidas.

CONCENTRACIÓN EN ESCALA NACIONAL Y CONCENTRACIÓN DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

En los países reunidos en un mercado común la cuestión de la concentración de empresas tiene dos aspectos: el interno y el comunitario. Cuando son empresas nacionales que ejercen sus actividades en el territorio del país de la respectiva sede, el problema de la concentración debe ser analizado en escala nacional. Cuando ejercen sus actividades en los mercados de otros países reunidos en el mercado común, la concentración pasa a ser un problema de éste.

“Por una parte, según WOLFGANG HOFERMEHL²⁹, las empresas nacionales, en razón de su importancia, podrían justificar el control, ejercen su actividad en otros mercados; es difícil, por lo tanto, analizarlas en escala nacional. Por otra parte, concentraciones que actúan solamente en el interior de un país no podrían tener ninguna influencia importante en la competencia interna, por que ésta es mucho vigorosa, en razón de la presencia de empresas extranjeras en un mercado limitado.”

Las concentraciones que invaden las fronteras de los Estados Miembros no pueden ser contenidas por las leyes nacionales. La consideración de-

28 Ob. cit., p. 1.055.

29 Ob. cit., p. 1.042.

ou os oligopólios estritamente regionais só atingem, em geral, uma estabilidade limitada, e, portanto, não oferecem o risco de se tornarem prejudiciais.

A concentração das empresas torna-se um problema comum pelo fato de que estas, assim como sua regulamentação jurídica, se revestem de importância capital para a integração das diferentes economias no mercado comum. É evidente que um mercado mais vasto exige unidades de empresas mais importantes. Este fato confere, de antemão, à concorrência um aspecto positivo sob o ponto de vista da legislação comunitária. Concentrações além das fronteiras, das quais participam localizadas empresas pertencentes a diversos Estados-Membros, não são simplesmente conseqüências, mas, ao mesmo tempo, as precursoras da integração econômica. Do ponto de vista do direito comunitário devem ser julgadas muito mais favoravelmente, e de modo diferente do que o são do ponto de vista da legislação interior de cada país interessado.

Como vimos, as disposições do Tratado CEE vedam os acordos entre empresas que tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência, bem como a exploração abusiva de uma posição dominante. Porém, são omissas acerca da concentração de empresas e, por conseqüência, dão ensejo à interpretação do art. 85 no sentido de que a proibição se lhe aplica quando, realizada sob a forma de acordo, restringir sensivelmente a concorrência no mercado comum³⁰. Com referência ao art. 86, a exegese é de cunho menos restrito. Cabe a aplicação à concentração de empresas quando uma delas já ocupa posição dominante no mercado comum ou a conquistará depois da operação.

Cumpre distinguir a concentração obrigatória, que se dá quando uma das empresas domina o mercado e a impõe à força do abuso de poder, e a concentração política, em que o abuso não reside na coerção, mas no fato de causar limitações sensíveis à concorrência³¹.

O preâmbulo do regulamento da Comunidade Européia relativo ao controle das operações de concentração de empresas lembra que o Tratado de Roma lhe atribui a tarefa de instaurar um regime de concorrência não falseada. Reputa-o essencial para a completude do mercado único, prevista para 1992, e para sua ampliação. Considera que a supressão das fronteiras internas leva a uma série de notáveis reestruturções das empresas da Comunidade, especialmente sob a forma de operações de concentração. Esta deve ser avaliada positivamente se corresponde à exigência de uma concorrência dinâmica, e pode aumentar a competitividade da indústria européia, melhorar as condições de crescimento e elevar o

³⁰ Nesse ponto, prevalece a conclusão de WOLFGANG HOFERMEHL (ob. cit., p. 1.053) de que o art. 85 não prevê limitações fundamentais às concentrações das empresas pertencentes aos países da Comunidade Européia.

³¹ Ver a propósito a advertência de WOLFGANG HOFERMEHL (ob. cit., p. 1.059) "a interdição do art. 86 não deve incidir fora dos casos de limitações extremamente prejudiciais".

cisiva, para el autor, es que las medidas adoptadas aisladamente por los Estados Miembros menospresarían el hecho de que el problema de la concentración de empresas es sobre todo un problema del mercado común y, en consecuencia, de derecho comunitario.

La tendencia de los mercados nacionales de integrarse en un mercado común inspira dos reflexiones, así descritas por el mencionado autor: ante todo, es necesario pensar que, en el caso de las concentraciones, se cogitan de controles sobre las modificaciones de la estructura del mercado y, por tanto, esencialmente de las posiciones de poder que pueden resultar de la concentración de grandes unidades de empresas. La existencia de esta fuerza relativamente al mercado, la necesidad e importancia de la lucha no pueden ser consideradas sino en el cuadro del mercado común. Los monopolios o los oligopolios estrictamente regionales solo alcanzan, en general, una estabilidad limitada, y, por tanto, no ofrecen el riesgo de tornarse perjudiciales.

La concentración de las empresas tórnase un problema por el hecho de que éstas, así como su reglamentación jurídica, se revisten de importancia capital para la integración de las diferentes economías en el mercado común. Es evidente que un mercado más vasto exige unidades de empresas más importantes. Este hecho confiere, de antemano, a la competencia un aspecto positivo, bajo el punto de vista de la legislación comunitaria. Concentraciones más allá de las fronteras, de las cuales participan empresas localizadas en diversos Estados Miembros no son simplemente consecuencias, sino, al mismo tiempo, precursoras de la integración económica. Del punto de vista del derecho comunitario deben ser juzgadas mucho más favorablemente y de modo diferente del que lo son del punto de vista de la legislación interior de cada país.

Como se vió, las disposiciones del Tratado CEE vedan los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, así como la explotación abusiva de una posición dominante. Pero, son omisas acerca de la concentración de empresas y, por lo tanto, dan lugar a la interpretación del art. 85 en el sentido de que la prohibición se le aplica cuando, realizada bajo la forma de acuerdo, restrinja sensiblemente la competencia en el mercado común³⁰. Con referencia al art. 86, la exegesis es de alcance menos restricto. Cabe la aplicación a la concentración de empresas cuando una de ellas ya ocupa posición dominante en el mercado común o la conquista después de la operación.

Cabe distinguir la concentración obligatoria, que se dá cuando una de las empresas domina el mercado y la impone a fuerza del abuso de

³⁰ En este punto, prevalece la conclusión de WOLFGANG HOFERMEHL (ob. cit., p. 1.053) no prevé limitaciones fundamentales a las concentraciones de las empresas pertenecientes a los países de la Comunidad Europea.

nível de vida na Comunidade. Acentua a necessidade de garantir que o processo de reestruturação não traga prejuízo durável para a concorrência. Reconhece a insuficiência das regras de concorrência do Tratado de Roma para cobrirem todas as operações de concentração que encerram o perigo de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada.

Por isso, o Conselho das Comunidades Europeias adota um instrumento jurídico novo, que permite o controle efetivo de todas as operações de concentração, em função de sua incidência sobre a estrutura da concorrência na Comunidade, e é o único aplicável a essas concentrações.

Aplicam-se as disposições do regulamento às modificações estruturais importantes, cujo efeito sobre o mercado se estende além das fronteiras nacionais de um Estado-Membro.

O campo de aplicação do regulamento é definido em função da extensão geográfica da atividade das empresas interessadas, e delimitado por dados quantitativos (volume de negócios), de modo a cobrir as operações de concentração que revistam dimensão comunitária: o faturamento total, em nível nacional, pelo conjunto das empresas interessadas e, na Comunidade, por duas, no mínimo, salvo quando uma delas realiza mais de dois terços do seu faturamento total na Comunidade e no interior do único Estado-Membro³².

Continuam rígidas pelas regras do Tratado de Roma as operações de concentração que não se ajustam à dimensão comunitária, nos termos do regulamento em causa.

Os campos de aplicação das regras de concorrência do Tratado de Roma e do Regulamento n.º 4.064/89 sobre a concentração de empresas são demarcados pela dimensão das operações. Aquelas disciplinam a restrição à concorrência produzida por duas ou mais empresas, em conjunto, com a finalidade de influir no mercado (cartel), bem como a limitação imposta por empresa em posição dominante, ou seja, não sujeita a qualquer concorrência substancial, em relação a determinada categoria de bens ou serviços³³.

32 Somam-se ao volume de negócios das empresas participantes da operação o das empresas controladoras e controladas, bem como do conjunto das outras empresas controladas pelas empresas controladoras, bem como o das empresas em que as empresas diretamente interessadas e as empresas controladoras dispõem de controle conjunto (LOUIS VOGEL, *Le règlement européen sur le contrôle des concentrations ou de la difficulté de concilier efficacité et compromis*, Journal du Droit International, 1991, p. 888).

33 RUDOLF VON WERDT (*Applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE ai contratti di scambio*, Rivista delle Società, 1962, p. 279) compara as duas figuras sob duplo aspecto: "Do ponto de vista quantitativo, empresas em posição dominante e cartéis equivalem-se, pois uma e outros possuem força sobre mercado mais el vada com referência à de uma empresa singular não em posição dominante. Do ponto de vista qualitativo, empresas em posição dominante e cartéis diferenciam-se porque seu poder de mercado num caso é fundado em acordos, contratos, etc., no outro, na situação de fato, isto é, na posição dominante".

poder y la concentración política en la cual el abuso no reside na coerción, pero en el hecho de causar limitaciones sensibles a la competencia³¹.

El preámbulo del reglamento de la Comunidad Europea relativo al control de las operaciones de concentración recuerda que el Tratado de Roma le atribuyó la tarea de instaurar un régimen de competencia no falseada. Lo reputa esencial para la realización del mercado único, prevista para 1992 y para sua ampliación. Considera que la supresión de las fronteras internas lleva a una serie de notables reestructuraciones de las empresas de la Comunidad, especialmente bajo la forma de operaciones de concentración. Esta debe ser evaluada positivamente si corresponde a la exigencia de una competencia dinámica y puede aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las condiciones de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad. Acentúa la necesidad de garantizar que el proceso de reestructuración no traiga perjuicio durable a la competencia. Reconoce la insuficiencia de las reglas de competencia del Tratado de Roma para cubrir todas las operaciones de concentración que encerran el peligro de revelarse incompatibles con el régimen de competencia no falseada.

Por eso, el Consejo de las Comunidades Europeas adopta un instrumento jurídico nuevo que permite el control efectivo de todas las operaciones de concentración, en función de su incidencia sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y es el único aplicable a esas concentraciones.

Se aplican las disposiciones del reglamento a las modificaciones estructurales importantes, cuyo efecto sobre el mercado se extiende allá de las fronteras nacionales de un Estado Miembro.

El ámbito de aplicación del reglamento es definido en función de la extensión geográfica de la actividad de las empresas interesadas y delimitado por datos cuantitativos (columen de negocios), de modo a cubrir las operaciones de concentración que revistan dimensión comunitaria: el facturamiento total, a nivel nacional por el conjunto de las empresas interesadas y, en la Comunidad, por dos, al mínimo, salvo cuando una de ellas realiza más de dos tercios de su facturamiento total en la Comunidad y en el interior del único Estado Miembro³².

31 Ver a propósito la advertencia de WOLFGANG HOFERMEHL (ob. cit., p. 1.059) "la interdicción del art. 86 no debe incidir fuera de los casos de limitaciones extremadamente perjudiciales".

32 Se suman al volumen de negocios de las empresas participantes de la operación o de las empresas controladoras y controladas, así como el conjunto de las otras empresas controladas así como él de las empresas en que las empresas directamente interesadas y las empresas controladoras disponen de control conjunto (LOUIS VOGEL, *Le règlement européen sur le contrôle des concentrations ou de la difficulté de concilier efficacité et compromis*, Journal du Droit International, 1991, p. 888).

Existem regras de concorrência de origem comunitária e regras nacionais. As primeiras provêm de fontes distintas (tratado e regulamentos) e se aplicam à exploração abusiva de uma posição dominante, na medida em que seja suscetível de prejudicar o comércio entre os Estados-Membros, ou às operações de concentração que possam obstaculizar, de modo significativo; a concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

A lei dos Estados-Membros pode dispor unicamente sobre a exploração abusiva de posição dominante por uma empresa ou grupo de empresas, no mercado interior ou numa parte substancial deste.

A diversidade de leis gera conflitos inevitáveis entre o sistema comunitário e os sistemas nacionais e, inclusive, dentro daquele. Por consequência, pode esperar-se que haverá uma espécie de harmonização dos vários sistemas ou até a unificação ³⁴.

LEGISLAÇÃO ARGENTINA

A lei de defesa da concorrência promulgada pela Argentina em 1990 segue a mesma linha do direito estadunidense e do direito comunitário europeu ao reunir as práticas restritivas da concorrência em dois blocos: o dos atos ou condutas relativos à produção e ao intercâmbio de bens e serviços, que limitem, restrinjam ou distorçam a concorrência, e do abuso de posição dominante no mercado nacional que possam causar prejuízo para o interesse econômico geral ³⁵. Porém, abandona-os para limitar o campo de aplicação da lei aos casos em que possa haver prejuízo para o interesse econômico geral. O impacto de todas as condutas sobre a concorrência deve ser comparado com os benefícios ou prejuízos que causarem ao interesse econômico geral. Mas a flexibilidade, tornada obrigatória na aplicação da proibição dos cartéis e monopólios, encontra limitações, não apenas de ordem temporal e espacial, como dependentes de certos fatos econômicos. Assim, esclarece GUILLERMO CABANELLAS (h.) ³⁶, a interpretação do art. 1.º seria *contra legem* se desprezasse a valoração relativa a determinados fatos econômicos. Sob a lei de defesa da concorrência não se considera somente que ela é um valor positivo de expressiva significação, mas se parte da consideração de que os preços determinados com-

³⁴ "Na fase atual do processo de integração europeia (1990), a adoção do regulamento representa o máximo que politicamente poderia ser obtido mediante o consenso unânime das representantes dos Estados-Membros" (ENZO MOAVERA-MILANESI, ob. cit., p. 1.214).

³⁵ O sistema comunitário, por sua vez, diverge do estadunidense porque este veda os monopólios e tentativas de monopolização com o fim de evitar a formação de uma posição dominante, em relação a um produto ou serviço, mediante o emprego de práticas anticoncorrenciais.

³⁶ *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Hefiasta, Buenos Aires, 1983, p. 179.

Continúan regidas por las reglas del Tratado de Roma las operaciones de concentración que no se ajustan a la dimensión comunitaria, en los términos del reglamento en causa.

Los campos de aplicación de las reglas de competencia del Tratado de Roma y del Reglamento n.º 4.064/89 sobre la concentración de empresas son demarcados por la dimensión de las operaciones. Aquellas disciplinan la restricción a la competencia producida por dos o más empresas, en conjunto, con la finalidad de influir en el mercado (cartel), así como la limitación impuesta por empresa en posición dominante, o sea, no sujeta a cualquier competencia substancial, en relación a determinada categoría de bienes o servicios ³³.

Existen reglas de competencia comunitaria y nacionales. Las primeras provienen de fuentes distintas (tratado y reglamentos) y se aplican a la explotación abusiva de una posición dominante, en la medida en que sea susceptible de perjudicar el comercio entre los Estados Miembros, o a las operaciones de concentración que pueden obstaculizar, de modo significativo, la competencia efectiva en el mercado común o en una parte substancial de éste.

La ley de los Estados Miembros puede disponer únicamente sobre la explotación abusiva de posición dominante por una empresa o grupo de empresas, en el mercado interior o en una parte substancial de éste.

La diversidad de leyes genera conflictos inevitables entre el sistema comunitario y los sistemas nacionales e, incluso, dentro de aquel. En consecuencia, puede esperarse que habrá una especie de armonización de los diferentes sistemas o hasta la unificación ³⁴.

LEGISLACIÓN ARGENTINA

La ley de defensa de la competencia promulgada por Argentina en 1990 sigue la misma línea del derecho estadounidense y del derecho comunitario europeo al reunir las prácticas restrictivas de la competencia

³³ RUDOLF VON WERDT (*Applicazione dell'art 85 del Trattato CEE ai contratti di scambio*, Rivista delle Società, 1962, p. 279) compara las dos figuras bajo duplo aspecto: "Del punto de vista cuantitativo, empresas en posición dominante y carteles se equivalen, pues una y otros poseen fuerza sobre mercado más elevada con referencia a la de una empresa singular no en posición dominante. Del punto de vista cualitativo, empresas en posición dominante y carteles se diferencian porque su poder de mercado en un caso es fundado en acuerdos, contratos, etc., en el otro, en la situación de hecho, isto es, en la posición dominante".

³⁴ "En la fase actual del proceso de integración europea (1990), la adopción del reglamento representa el máximo que politicamente podría ser obtenido mediante el consenso unânime de las representantes de los Estados Miembros" (ENZO MOAVERA-MILANESI, ob. cit., p. 1.214).

petitivamente tendem a ser os corretos, e de que a livre concorrência nos mercados é a verdadeira força propulsora da economia. Não se poderia, portanto, argumentar validamente que um sistema de determinação de preços mediante acordo entre os concorrentes é o correto para proteger o bem-estar econômico do país, ou um cartel o mecanismo mais adequado para incrementar a produção num setor.

O prejuízo para o interesse econômico geral é parte integrante da descrição dos tipos de atos ou condutas sujeitos às sanções da lei.

CABANELLAS³⁷ chama a atenção para o fato de que

“a legislação argentina não incluiu normas diretamente concernentes às condutas que afetam aspectos estruturais da concorrência”,

ao contrário da anterior, que obstava a participação de uma mesma pessoa na administração de várias empresas competidoras, bem como a aquisição de participação societária em detrimento da concorrência.

Para o referido autor, a similitude da legislação argentina com a comunitária não corresponde somente a um enfoque de técnica legislativa, porém reflete certa política em matéria de concentrações, subjacente em ambos os sistemas.

“Tanto no Mercado Comum Europeu como na Argentina considerou-se que a estrutura de uma grande parte dos setores industriais haverá de conduzir a um processo de concentração empresarial motivado pela necessidade de atingir economias de escala comparáveis às obtidas por firmas que competem em mercados nacionais de grandes dimensões ou nos mercados internacionais. Por esse motivo, não se reputou conveniente incluir uma restrição rigorosa às condutas de efeitos estruturais sobre a concorrência, tendo em conta a circunstância de se encontrarem, em geral, orientadas à concentração das empresas existentes e à expansão das suas dimensões”³⁸.

Sem embargo, a amplitude da proibição constante do art. 1.º da Lei n.º 22.262, de 1.º de agosto de 1980, a exemplo das regras de concorrência do Tratado CEE, possibilita a sua aplicação às operações de concentração. Entende-se no direito comunitário europeu, que a proibição de todos os acordos entre empresas restritivos da concorrência visa aos ajustes que deixam subsistir a independência econômica e jurídica dos participantes, bem como os que levam à sua integração. Nos Estados Unidos, notam ALDO FRIGNANI e MICHEL WAELBROECK³⁹, reconhece-se a neces-

³⁷ Ob. cit., p. 594.

³⁸ Referindo-se à Comunidade Europeia, o autor (p. 596, nota 6) afirma que “os motivos para não se ter valido dessas normas devem-se, também, a uma política favorável ao crescimento das firmas que operam em certos setores caracterizados por significativas economias de escala”.

³⁹ Ob. cit., p. 408.

em dos bloques: el de los actos o conductas relativos a la producción y al intercambio de bienes y servicios que limitan, restrinjan o distorcionen la competencia, y el de abuso de posición dominante en el mercado nacional que pueda causar perjuicio para el interés económico general³⁵. Pero, se los abandona a fin de delimitar el campo de aplicación de la ley en los casos en que pueda haber perjuicio al interés económico general. El impacto de todas las conductas sobre la competencia debe ser comparado con los beneficios o perjuicios que causen al interés económico general. Pero la flexibilidad, hecha obligatoria en la aplicación de la prohibición de los carteles y monopolios, encuentra limitaciones no apenas de orden temporal y espacial, como dependientes de ciertos hechos económicos. Así, aclara GUILLERMO CABANELLAS (h.)³⁶, la interpretación del art. 1.º sería *contra legem* si se depreciase la valoración relativa a determinados hechos económicos. Bajo la ley de defensa de la competencia no se considera solamente que ella es un valor positivo de expresiva significación, pero se parte de la consideración de que los precios determinados competitivamente tendan a ser los correctos, y de que la libre competencia en los mercados es la verdadera fuerza propulsora de la economía. No se podría, por lo tanto, argumentar válidamente que un sistema de determinación de precios mediante acuerdos entre los concurrentes es el correcto para proteger el bienestar económico del país o un cartel el mecanismo más adecuado para incrementar la producción en un sector.

El perjuicio al interés económico general es parte integrante de la descripción de los tipos de actos o conductas sujetos a las sanciones de la ley.

CABANELLAS³⁷ llama la atención para el hecho de que

“la legislación argentina no incluyó normas directamente concernientes a las conductas que afectan aspectos estructurales de la competencia”,

al contrario de la anterior, que obstaba la participación de una misma persona en la administración de varias empresas competidoras, así como la adquisición de participación societaria en detrimento de la competencia.

Para el referido autor, la similitud de la legislación argentina con la comunitaria no corresponde solamente a un enfoque de técnica legislativa, pero refleja cierta política en materia de concentración, subyacente en ambos sistemas.

³⁵ El sistema comunitario, por su vez, diverge del estadounidense porque éste veda los monopolios y tentativas de monopolización con el fin de evitar la formación de una posición dominante, en relación a un producto o servicio, mediante el empleo de prácticas anticompetitivas.

³⁶ *Derecho Antimonopolístico y de Defensa de la Competencia*, Heflasta, Buenos Aires, 1983, p. 179.

³⁷ Ob. cit., p. 594.

sidade de aplicar à concentração o art. 1.º da lei Sherman, que proíbe qualquer contrato, combinação ou conspiração restritivos da concorrência, em razão deste mesmo efeito que possam ter à luz da *regra da razão* ⁴⁰.

A lei argentina de defesa da concorrência divide-se em quatro capítulos (âmbito de aplicação, instância administrativa, instância judicial e disposições transitórias e finais). Seu campo de aplicação abrange os atos ou condutas relacionados com a produção e o intercâmbio de bens ou serviços, que limitem, restrinjam ou distorçam a concorrência (colusão) ou que constituam abuso de posição dominante num mercado, de modo que possam resultar em prejuízo ao interesse econômico geral (abuso de poder). A exposição de motivos assinala:

“o art. 1.º define o âmbito de aplicação da lei, com um preceito geral que foi considerado indispensável pela variedade, praticamente infinita, de condutas lesivas à concorrência. É uma descrição relativamente ampla e abstrata, que contém todos os elementos próprios das ações que são consideradas desvaliosas para o que se quer proteger”.

A norma sobre o campo de aplicação é uma adaptação da parte descritiva das regras de concorrência do Tratado de Roma. Distingue-se, entretanto, por requerer que as condutas consideradas possam resultar em prejuízo ao interesse econômico geral. Conforme a exposição de motivos,

“com a potencialidade de prejuízo, faz-se referência a um perigo concreto, razoavelmente determinável em cada caso particular, e não à mera possibilidade lógica e abstrata de lesão; e com a afetação do interesse econômico geral, deixa-se claro que ele é que sofre ao entervêr-se o funcionamento de um mercado, de sorte que ficam a salvo as condutas que possam parecer anticoncorrenciais, mas, em verdade, resultem benéficas para a comunidade”.

Outra diferença entre as condições de aplicação da lei argentina e do seu modelo comunitário reside na omissão do catálogo de exemplos dos acordos ou decisões proibidos pelo art. 85 do Tratado de Roma e das práticas abusivas vedadas pelo art. 86.

Por sua vez, estas regras discrepam das norte-americanas porque não incluem em seu conteúdo a ilicitude em si ⁴¹.

As infrações ao art. 1.º da lei argentina não têm natureza delituosa, tanto que as multas são impostas por autoridade administrativa. Contudo,

⁴⁰ A despeito da vedação, é possível avaliar o impacto das referidas restrições sobre a concorrência efetiva e, em certos casos, admitidas como razoáveis.

⁴¹ O sistema ianque e o comunitário, no entanto, diferenciam-se pelo fato de que o primeiro veda os cartéis e monopólios em si, e não abre exceções; o segundo proíbe todos os acordos entre empresas e, quanto à posição dominante, o abuso desta posição.

“Tanto en el Mercado Común Europeo como en Argentina se consideró que la estructura de una gran parte de los sectores industriales habrá de conducir a un proceso de concentración empresarial motivado por la necesidad de alcanzar economías de escala comparables a las obtenidas por firmas que compiten en mercados nacionales de grandes dimensiones o en mercados internacionales. Por este motivo no se reputó conveniente incluir una restricción rigurosa a las conductas de efectos estructurales sobre la competencia, teniendo en cuenta la circunstancia de encontrarse, en general, orientadas a la concentración de las empresas existentes y a la expansión de sus dimensiones” ³⁸.

Sin embargo, la amplitud de la prohibición constante del art. 1.º de la Ley n.º 22.262, del 1.º de agosto de 1980, a ejemplo de las reglas de competencia del Tratado CEE, posibilita su aplicación a las operaciones de concentración. Se entiende, en el derecho comunitario europeo, que la prohibición de todos los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia visa a los ajustes que dejan subsistir la independencia económica y jurídica de los participantes, así como los que llevan a su integración. En los Estados Unidos, notan ALDO FRIGNANI y MICHEL WAELBROECK ³⁹, se reconoce la necesidad de aplicar a la concentración el art. 1.º de la ley Sherman que prohíbe cualquier contrato, combinación o conspiración restrictivos de la competencia, en razón de éste mismo efecto que puedan tener a la luz de la “regla de la razón” ⁴⁰.

La ley argentina de defensa de la competencia se divide en cuatro capítulos (âmbito de aplicación, instancia administrativa, instancia judicial y disposiciones transitorias y finales). Su campo de aplicación abarca los actos o conductas relacionados a la producción y el intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorcionen la competencia (colusión) o que constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de suerte que puedan resultar en perjuicio del interés económico general (abuso de poder). La exposición de motivos señala:

“El artículo 1.º define el ámbito de aplicación de la ley, con un precepto general que se ha considerado indispensable por la variedad prácticamente infinita de conductas lesivas para la competencia. Es una descripción relativamente amplia y abs-

³⁸ Refiriéndose a la Comunidad Europea, el autor (p. 596, nota 6) afirma que “los motivos para no se temer valido de esas normas se deben, también, a una política favorable al crecimiento de las firmas que operan en ciertos sectores caracterizados por significativas economías de escala”.

³⁹ Ob. cit., p. 408.

⁴⁰ A despecho de la vedación, es posible evaluar el impacto de las referidas restricciones sobre la competencia efectiva y, en ciertos casos, admitirlos como razonables.

por seus efeitos, os atos ou condutas que se enquadram no art. 1.º, e são descritos no art. 41 como delitos dolosos⁴², sujeitam os infratores a penas privativas da liberdade.

O carácter delituoso desses atos ou condutas é o resultado do preenchimento das condições de aplicação do art. 1.º e do art. 41, entre as quais sobressai o prejuízo para o interesse econômico geral.

CONFUSÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE RESTRIÇÕES À CONCORRÊNCIA

O conjunto das disposições da Lei n.º 4.137, de 1.º de setembro de 1962, autoriza a reduzir as formas de abuso do poder econômico, descritas no art. 2.º, a duas categorias: acordos entre empresas (cartéis) e práticas de dominação do mercado (monopólio).

Essa lei regulamentou o art. 148 da Constituição de 1946, que prescreveu a repressão a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, fosse qual fosse a sua natureza, que tivessem por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Nos termos desta norma, que se repete nas Constituições posteriores, a lei deve coibir abusos, e não o poder econômico em si. Neste particular, o sistema brasileiro, desviando-se do norte-americano, viria a concordar com o da Comunidade Européia.

A determinação do campo de aplicação da lei perde-se no intento de relacionar os meios pelos quais se opera o domínio dos mercados ou a restrição à concorrência. A lei Sherman, que inspirou a nossa, bem como praticamente todas as demais legislações antitruste, contém dois dispositivos que proíbem todas as práticas colusórias (art. 1.º) e a monopolização ou tentativa de monopolização de qualquer parte do comércio entre os Estados ou com exterior (art. 2.º), sem levar em conta os meios utilizados pelas pessoas⁴³.

Em face do limite imposto à aplicação das proibições relativas aos cartéis, em geral, e a certas formas de abuso do poder sobre o mercado, o art. 2.º, I, g (criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa) converteu-se numa espécie de diretiva para a apreciação da conduta anticorrecional das empresas.

42 Esta conclusão, a que chega GUILLERMO CABANELLAS (h.), (ob. cit. p. 162), "surge com maior certeza, segundo ele, quando se consideram os elementos das diversas figuras descritas no citado art. 41. Todas elas, salvo a prevista na letra d), requerem a existência de uma ação concertada".

43 A consideração dos meios restringiria o conteúdo normativo da lei, e ensejaria desigualdades de tratamento entre empresas que prejudicassem a concorrência, umas pelos meios previstos e outras por meios não previstos nas condições de aplicação das regras de direito.

trata, que contiene todos los elementos propios de las acciones que se consideran disvaliosas para lo que se quiere proteger."

La norma sobre el campo de aplicación es una adaptación de la parte descriptiva de las reglas de competencia del Tratado de Roma. Se distinguen, entretanto, por requerir que las conductas consideradas puedan resultar en perjuicio al interés económico general. Según la exposición de motivos,

"con la potencialidad de un perjuicio se hace referencia a un peligro concreto razonablemente determinable en cada caso particular y no mera posibilidad lógica y abstracta de lesión; y con la afectación del interés económico general se deja en claro que es él que sufre al trabarse el funcionamiento de un mercado, de suerte que quedan a salvo las conductas que puedan parecer anticompetitivas, pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad".

Otra diferencia entre las condiciones de aplicación de la ley argentina y de su modelo comunitario reside en la omisión del catálogo de ejemplos de los acuerdos o decisiones prohibidos por el art. 85 del Tratado de Roma y de las prácticas abusivas vedadas por el art. 86.

A su vez, estas reglas discrepan de las norteamericanas por que no incluyen en su contenido la ilicitud en sí⁴⁴.

Las infracciones al art. 1.º de la ley argentina no tienen naturaleza delictuosa, tanto que las multas son impuestas por autoridad administrativa. Con todo, por sus efectos, los actos o conductas que se encuadran en el art. 1.º y son descriptos en el art. 41 como delitos dolosos⁴² sujetan los infractores a penas privativas de la libertad.

El carácter delictuoso de estos actos o conductas es el resultado de la satisfacción de las condiciones de aplicación del art. 1.º y del art. 41, entre los cuales sobresale el perjuicio para el interés económico general.

CONFUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA SOBRE RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

El conjunto de las disposiciones de la Ley n.º 4.137, de 1.º de septiembre de 1962, autoriza a reducir las formas de abuso de poder económico, descritas en el art. 2.º, a dos categorías: acuerdos entre empresas (carteles) y prácticas de dominación del mercado (monopolio).

41 El sistema yanqui y el comunitario, sin embargo, se diferencian por el hecho de que el primero veda los carteles y monopolios en sí, y no abre excepciones; el segundo prohíbe todos los acuerdos entre empresas y cuanto a la posición dominante, el abuso de esta posición.

42 Esta conclusión, a que llega GUILLERMO CABANELLAS (h.), (ob. cit. p. 162), "surge con mayor certeza, según él, cuando se consideran los elementos de las diversas figuras descritas en el citado art. 41. Todas ellas, salvo la prevista en la letra d), requieren la existencia de una acción concertada".

São formas de abuso do poder econômico, correspondentes à monopolização do direito norte-americano e ao abuso de posição dominante do direito comunitário europeu: a dominação do mercado nacional e a eliminação total ou parcial da concorrência pelos meios descritos na lei.

Se já era difícil classificar as formas de abuso do poder econômico enunciadas na Lei n.º 4.137/62, segundo as únicas categorias universalmente reconhecidas (cartéis e monopólios), a tarefa tornou-se quase impossível com o advento da Lei n.º 8.158, de 8 de janeiro de 1991⁴⁴.

O art. 2.º desta lei relaciona quatro *distorções* que podem ocorrer no mercado: *a*) a fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção; *b*) a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas; *c*) o cerceamento à entrada ou existência de concorrentes no mercado; *d*) o impedimento ao acesso dos concorrentes às fontes de: 1) insumos; 2) matérias-primas; 3) equipamentos; 4) tecnologia e 5) canais de distribuição.

A primeira *distorção* é elucidativa da complexidade do problema que se criou. Não é qualquer fixação de preço abaixo do custo de produção de determinado bem ou serviço que pode causar *distorção* à concorrência. Por outro lado, quando posta em vigor por um acordo entre empresas ou por uma empresa em posição dominante, cria dificuldade à criação, ao funcionamento ou à expansão das outras. O mesmo dispositivo legal gera, por conseguinte, um problema de aplicação no tempo, que se resume na verificação da derrogação da norma anterior, no que se refere à dificuldade que o preço inferior ao custo possa ocasionar à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de outras empresas.

A segunda *distorção*, referente à fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas, não tem correspondência direta com a Lei n.º 4.137/62; porém, esta considera abusiva, e pune o ajuste ou acordo entre empresas para eliminar total ou parcialmente a concorrência.

A terceira *distorção* respeita à criação de obstáculo ao ingresso ou permanência no mercado de empresas concorrentes, hipótese que, estando prevista na diretiva da Lei n.º 4.137/62, suscita o problema da aplicação no tempo da norma posterior.

A quarta *distorção* consiste na criação de impedimento ao acesso de concorrentes a fontes abastecedoras ou a canais de distribuição, fato que pressupõe a existência de acordo entre empresas.

O art. 85 do Tratado de Roma, ao proibir os acordos entre empresas, dá como exemplos típicos deste comportamento anticoncorrencial: a fixação de preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de tran-

⁴⁴ Só um estudo complexo poderá identificar quais foram as disposições derogadas, a despeito do art. 23 da Lei n.º 8.158/91, que declara mantidas as normas da anterior, definidoras de ilícitos e sanções.

Essa lei regulamentou o art. 148 de la Constitución de 1946, que prescribió la represión a toda y cualquier forma de abuso de poder económico, incluso las uniones o agrupamientos de empresas individuales o sociales, sea cual sea sua naturaleza, que tengan por fin dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia y aumentar arbitrariamente las ganancias. En los términos de esta norma, que se repite en las constituciones posteriores, la ley lebe cohibir abusos, y no el poder económico en sí. En este particular, el sistema brasileño, desviándose del norteamericano, vendría a concordar con el de la Comunidad Europea.

La determinación del campo de aplicación de la ley se pierde en el intento de relacionar los medios por los cuales se opera el dominio de los mercados o la restricción a la competencia. La ley Sherman, que inspiró la nuestra, así como prácticamente todas las demás legislaciones antitrust, contiene dos dispositivos que prohíben todas las prácticas colusorias (art. 1.º) y la monopolización o tentativa de monopolización de cualquier parte del comercio entre los Estados o con el exterior (art. 2.º), sin llevar en cuenta los medios utilizados por las personas⁴³.

Delante del límite impuesto a la aplicación de las prohibiciones relativas a los carteles, y a ciertas formas de abuso de poder económico sobre el mercado, el art. 2.º, 1, g (creación de dificultades a la constitución, al funcionamiento o al desarrollo de empresas) se convirtió en una especie de directiva para la apreciación de la conducta anticoncorrencial de las empresas.

Son formas de abuso de poder económico, correspondientes a la monopolización del derecho norteamericano y al abuso de posición dominante del derecho comunitario europeo: la dominación del mercado nacional y la eliminación total o parcial de la competencia por los medios descritos en la ley.

Si ya era difícil clasificar las formas de abuso de poder económico enunciadas en la Ley n.º 4.137/62, según las únicas categorías universalmente reconocidas (carteles y monopolios), la tarea se tornó casi imposible con la vigencia de la Ley n.º 8.158, del 8 de enero de 1991⁴⁴.

El art. 2.º de esta ley relaciona cuatro "distorsiones" que pueden ocurrir en el mercado: *a*) la fijación de precios de los bienes y servicios abajo de los respectivos costos de producción; *b*) la fijación artificial de las cantidades vendidas o producidas; *c*) disminución de la entrada o

⁴³ La consideración de los medios restringiría el contenido normativo de la ley y determinaría desigualdades de tratamiento entre empresas que perjudicasen la competencia, unas por los medios previstos y otras por medios no previstos en las condiciones de aplicación de las reglas de derecho.

⁴⁴ Solo un estudio complejo podrá identificar cuales fueran las disposiciones derogadas, a despecho del art. 23 de la Ley n.º 8.158/91, que declara mantenidas las normas de la anterior, definidoras de ilícitos y sanciones.

sação; a limitação ou controle da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico ou dos investimentos; a repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento; a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes e às cláusulas de subordinação.

O legislador brasileiro deixou de copiar a parte essencial do corpo da regra comunitária (isto é, a proibição de todos os acordos entre empresas, de todas as decisões de associações de empresas e de todas as práticas concertadas e transformou o catálogo de exemplo destes comportamientos anticoncorrenciais numa enumeração exaustiva das *distorções* à concorrência, que a Secretaria Nacional de Direito Econômico tem a incumbência de evitar.

As *distorções* subseqüentes não fazem parte da enumeração do art. 85 do Tratado CEE, reproduzida nas quatro primeiras letras do art. 2.º da Lei n.º 8.158/91. As *distorções* descritas nas letras *d* e *e* podem resultar de acordo entre empresas ou de abuso de posição dominante. A primeira hipótese — o controle regionalizado⁴⁵ do mercado, assim como o de rede de distribuição ou de fornecimento, por empresa ou grupo de empresas — faz surgir de novo a questão da aplicação da norma jurídica no tempo. Sucede que a Lei n.º 4.137/62 proíbe a dominação dos mercados nacionais, quer por meio de acordo entre empresas, quer de abuso de posição dominante.

A *distorção* final versa sobre a

“formação de conglomerados ou grupos econômicos, por meio de controle acionário direto ou indireto, bem como de estabelecimento de administração comum entre empresas, com vistas a proibir a livre concorrência”.

Reintroduz-se o tema da aplicação da lei no tempo, porquanto a Lei n.º 4.137/62 veda a restrição à concorrência através da:

a) “coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas”; b) “concentração de ações, títulos, cotas ou direitos”; e c) “acumulação de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa”.

Esta matéria será tratada em continuação. Antes, porém, cumpre advertir que o art. 7.º da Lei n.º 4.137/62 proíbe as práticas em questão, e submete a multa e outras penalidades as empresas infratoras. São estas as destinatárias da proibição relativa a cartéis e monopólios. O destinatário do art. 2.º da Lei n.º 8.158/91 é a Secretaria Nacional de Direito Econômico.

⁴⁵ O critério geográfico tem sentido em regras comunitárias de concorrência pela necessidade de apurar-se se determinada prática restritiva afeta o comércio entre os Estados-Membros do mercado comum. Numa lei nacional, a restrição geográfica dá margem a que se sustente a inaplicabilidade da norma sobre denominação regionalizada se a dominação tem caráter nacional.

existencia de concurrentes en el mercado; d) impedimento al acceso de los concurrentes a las fuentes de: 1) insumos; 2) primeras materias; 3) equipamientos; 4) tecnología y 5) canales de distribución.

La primera “distorción” demuestra la complejidad del problema que se crió. No es cualquier fijación de precio abajo del costo de producción de determinado bien o servicio que puede causar distorsión a la competencia. Por otro parte, cuando puesta en vigor por un acuerdo entre empresas o por una empresa en posición dominante, crea dificultades a la creación, al funcionamiento o a la expansión de las otras. El mismo dispositivo legal genera, por consiguiente, un problema de aplicación en el tiempo, que se resume en la verificación de la derogación de la norma anterior, en lo que se refiere a la dificultad que el precio inferior al costo pueda ocasionar a la constitución, al funcionamiento o al desarrollo de otras empresas.

La segunda “distorción”, referente a la fijación artificial de las cantidades vendidas o producidas, no tiene correspondencia directa con la Ley n.º 4.137/62; pero esta considera abusiva, y castiga el ajuste o acuerdo entre empresas para eliminar total o parcialmente la competencia.

La tercera “distorción” referente a la creación de obstáculo al ingreso o permanencia en el mercado de empresas concurrentes, hipótesis que, estando prevista en la directiva de la Ley n.º 4.137/62, suscita el problema de la aplicación en el tiempo de la norma posterior.

La cuarta “distorción” consiste en la creación de impedimento al acceso a las fuentes abastecedoras o a los canales de distribución, hecho que presupone la existencia de acuerdo entre empresas.

El art. 85 del Tratado de Roma, al prohibir los acuerdos entre empresas, dá como ejemplo típico de este comportamiento anticompetitivo: la fijación de precios de compra o de venta o cualquier otra condición de transacción; la limitación o control de la producción, distribución, desarrollo técnico o de las inversiones; la repartición de los mercados o de las fuentes de abastecimiento; la aplicación de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes y a las cláusulas de subordinación.

El legislador brasileño dejó de copiar la parte esencial del cuerpo de la norma comunitaria (ésto es, la prohibición de todos los acuerdos entre empresas, de todas las decisiones de asociación de empresas y de todas las prácticas concertadas) y transformó el catálogo de ejemplos de éstos comportamientos anticompetitivos en una enumeración exhaustiva de las “distorciones” a la competencia, que la Secretaría Nacional de Derecho Económico tiene la competencia de evitar.

Las “distorciones” subsecuentes no hacen parte de la enumeración del art. 85 del Tratado CEE, reproducido en las cuatro primeras letras del art. 2.º de la Ley n.º 8.158/91. Las “distorciones” descritas en las

O art. 3.º da mencionada lei define como infração à ordem econômica

“qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar o mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados”.

e dá numerosos exemplos, uns de coalização e outros de abuso de posição de domínio.

Não deve passar sem objeção essa maneira promiscua de tratar as duas classes de práticas comerciais restritivas: os acordos entre empresas, e por outro, a monopolização do direito norte-americano ou a posição dominante do direito comunitário europeu.

Cabe dizer, ainda, que o objeto da proteção de qualquer lei de defesa da concorrência é esta instituição, e não a ordem econômica em que se insere, ao lado de outros dez princípios (art. 170 da Constituição).

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA RELATIVA AO COMPORTAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O art. 2.º da Lei n.º 8.158/91 impõe à Secretaria Nacional de Direito Econômico o dever de atuar de modo a impedir, entre outras *distorções*, a

“formação de conglomerados ou grupos econômicos, por meio de controle acionário direto ou indireto”, e o “estabelecimento de administração comum entre empresas, com vistas a inibir a livre concorrência”.

Por outra parte, as infrações à ordem econômica estão definidas no art. 3.º, e compreendem: qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática que tenha por objetivo ou efeito dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. No catálogo de exemplos de práticas que podem constituir abuso, caso sejam preenchidas as condições de aplicação dessa regra de concorrência, não consta a concentração de empresas. No direito comunitário europeu, como vimos, a aplicação do art. 86 do Tratado de Roma tem lugar quando uma empresa em posição dominante a exerce abusivamente para absorver ou controlar outras.

Uma das hipóteses de controle de empresa por pessoa, empresa ou grupo de empresas é a *união pessoal*, ou seja, a acumulação de cargos em todas ou algumas por seus administradores.

Entre as *distorções* que a Secretaria deve evitar inclui-se a *união pessoal* que limite a concorrência. Mas a existência de administradores comuns não figura no rol das infrações à ordem econômica constante do art. 3.º da Lei n.º 8.158/91.

letras *d* y *e* pueden resultar de acuerdo entre empresas o de abuso de posición dominante. La primera hipótesis — el control regionalizado⁴⁵ del mercado, así como el de red de distribución o de abastecimiento, por empresa o grupo de empresas — hace surgir de nuevo la cuestión de la aplicación de la norma jurídica en el tiempo. La Ley n.º 4.137/62 prohíbe la dominación de los mercados nacionales, sea por medio de acuerdo entre empresas, sea de abuso de posición dominante.

La “distorsión” final versa sobre la

“formación de conglomerados o grupos económicos, por medio del control accionario directo o indirecto, así como de establecimiento de administración común entre empresas, con vistas a prohibir la libre competencia”.

Se reintroduce el tema de la aplicación de la ley en el tiempo, por cuanto la Ley n.º 4.137/62 veda la restricción a la competencia a través de la:

a) “coalición, incorporación, fusión, integración o cualquier otra forma de concentración de empresas”; b) “concentración de acciones, títulos, cuotas o derechos”; y c) “acumulación de dirección, administración o gerencia de más de una empresa”.

Esta materia será tratada en continuación. Pero antes cumple advertir que el art. 7.º de la Ley n.º 4.137/62 prohíbe las prácticas en cuestión, y solamente a multa y otras penas las empresas infractoras. Son estas las destinatarias de la prohibición relativa a carteles y monopolios. El destinatario del art. 2.º de la Ley n.º 8.158/91 es la Secretaría Nacional de Derecho Económico.

El art. 3.º de la mencionada ley define como infracción económica

“cualquier acuerdo, deliberación conjunta de empresas, acto, conducta o práctica que tenga por objeto o produzca el efecto de dominar el mercado de bienes o servicios, perjudicar la libre competencia o aumentar arbitrariamente las ganancias, aún cuanto los fines visados no sean alcanzados”.

y dá numerosos ejemplos, unos de coalición y otros de abuso de posición dominante.

No debe pasar sin objeción esa manera promiscua de tratar las dos clases de prácticas comerciales restrictivas: los acuerdos entre empresas y, por otra parte, la monopolización del Derecho norteamericano o a la posición dominante do derecho comunitario europeo.

⁴⁵ El criterio geográfico tiene sentido en reglas comunitarias de competencia por la necesidad de se apurar si determinada práctica restrictiva afeta el comercio entre los Estados Miembros del mercado común. En una ley nacional, la restricción geográfica dá margen a que se sustente la inaplicabilidad de la norma sobre dominación regionalizada si la dominación tiene carácter nacional.

Diante de um fato desta natureza, que pertence ao conceito de concentração, começa-se por apurar se a *união pessoal* é suscetível de restringir a concorrência, e se encerra a investigação diante de um resultado negativo. Em caso contrário, o passo seguinte consiste em verificar se a acumulação gerencial decorre de acordo entre empresas ou de poder de dominação de uma pessoa, empresa ou grupo de empresas. Não se deve perder de vista que a restrição à concorrência pela concentração de empresas ora deriva de acordo entre as participantes, ora de abuso de posição dominante, e as condições de aplicação da regra de concorrência são diferentes.

O art. 2.º, I, e, da Lei n.º 4.137/62 considera abuso do poder econômico a dominação do mercado ou a restrição total ou parcial da concorrência por meio da acumulação de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa. A proibição se refere à *união pessoal* executada com aqueles objetivos e mediante abuso de posição dominante. Esta dedução está baseada no fato de que o inciso I, citado, contém uma regra que abrange todos os acordos entre empresas concluídos com finalidade anticoncorrencial, e não haveria justificação para destacar uma das quatro hipóteses de controle entre empresas⁴⁶, nem sequer a mais importante.

Apesar disso, a Lei n.º 8.158/91, ao alterar o art. 74 da Lei n.º 4.137/62, exigiu a apresentação à Secretaria de todos

“os ajustes, acordos e convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas”.

Para serem aprovados, é necessário que preencham requisitos cumulativos acerca: a) do fim; b) da distribuição dos resultados; c) do limite da necessidade; d) da preservação da concorrência numa parte substancial do mercado dos bens e serviços em questão.

Quanto ao cumprimento destes requisitos, cumulativamente, o dispositivo exige: a) o aumento da produção; b) a melhoria da distribuição de bens ou do fornecimento de serviços; c) a propiciação da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico; d) o incremento das exportações. No tocante à distribuição dos benefícios decorrentes do pactuado, é preciso ser equitativa entre os participantes e os usuários. Acerca dos limites das operações, tem que ser observado o critério da necessidade em relação aos objetivos visados. Por último, os ajustes, acordos ou conven-

⁴⁶ Deve-se a ENZO MOAVERA-MILANESI (ob. cit., p. 500) a seguinte classificação dos tipos de controle: 1) fusão, seja por incorporação, seja pela criação de nova empresa, eventualmente uma *holding*; 2) aquisição de participação financeira; 3) atribuição de tarefas de gestão, que dêem causa à *união pessoal*; 4) contratos ou acordos de qualquer espécie que garantam o controle, através do direito de voto, da subordinação de uma empresa que continua independente; etc.

Cabe decir, aún, que el objeto de la protección de cualquier ley de defensa de la competencia es esta institución, y no el orden económica en el cual se incluye, al lado de otros diez principios (art. 170 de la Constitución).

CONCENTRACIÓN ECONÓMICA RELATIVA AL COMPORTAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

El art. 2.º de la Ley n.º 8.158/91 impone a la Secretaría Nacional de Derecho Económico el deber de actuar de modo a impedir, entre otras “distorsiones”, la

“formación de conglomerados o grupos económicos, por medio de control accionario directo o indirecto”, y el “establecimiento de administración común entre empresas, con vistas a inhibir la libre competencia”.

Por otra parte, las infracciones al orden económica están definidas en el art. 3.º, y comprenden: cualquier acuerdo, deliberación conjunta de empresas, acto, conducta o práctica que tenga por objeto o efecto dominar el mercado, perjudicar la competencia o aumentar arbitrariamente las ganancias. En el catálogo de ejemplos de prácticas que pueden constituir abuso, caso sean cumplidas las condiciones de aplicación de esa regla de competencia, no consta la concentración de empresas. En el derecho comunitario europeo, como hemos visto, la aplicación del art. 86 del Tratado de Roma tiene lugar cuando una empresa en posición dominante la ejerce abusivamente para absorber o controlar otras.

Una de las hipótesis de control de empresa por persona, empresa o grupo de empresas es la “unión personal”, o sea, la acumulación de cargos en todas o algunas por sus administradores.

Entre las “distorsiones” que la Secretaría debe evitar se incluye la “unión personal” que limite la competencia. Pero la existencia de administradores comunes no figura en el rol de las infracciones al orden económico constante del art. 3.º de la Ley n.º 8.158/91.

Ante un hecho de esta naturaleza, que pertenece al concepto de concentración, se empieza por analizar si la “unión personal” es susceptible de restringir la competencia, y si encierra la investigación frente a un resultado negativo. En caso contrario, el paso siguiente consiste en verificar si la acumulación gerencial depende de un acuerdo entre empresas o del poder de dominación de una persona, empresa o grupo de empresas. No se debe perder de vista que la restricción a la competencia por la concentración de empresas puede derivar ya sea de un acuerdo entre los particulares, ya sea del abuso de posición dominante y las condiciones de aplicación de la regla de competencia son diferentes.

ções, sob qualquer forma manifestados, não podem eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

Coincidentemente, o art. 85 do Tratado de Roma proíbe todos os acordos entre empresas, bem como as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Os acordos ou decisões vedados são nulos; todavia, estas disposições podem ser declaradas inaplicáveis, inclusive às respectivas categorias, nos casos em que: a) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve parte equitativa do lucro daí resultante; b) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem lhes dêem a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

A doutrina divide as condições de aplicação da regra de direito comunitário em positivas (melhoria da produção e distribuição dos produtos, progresso técnico e econômico, parte equitativa dos lucros reservada aos utilizadores) e negativas (não imposição de restrições, além das indispensáveis, e não-eliminação da concorrência).

A Lei n.º 4.137/62 proíbe todos os acordos entre empresas, realizados de forma a dominar o mercado ou eliminar a concorrência, ainda que parcialmente; mas a vedação não compreende a concentração de empresas, que é objeto de normas peculiares a esta figura jurídica. Desse modo, não estavam sujeitos ao controle no art. 74 os acordos formais de participação financeira, os protocolos sobre as condições das operações de incorporação e fusões, os convênios de *união pessoal* e demais atos em matéria de concentração que revestissem a forma escrita. O controle dessas operações foi criado pelo art. 13 da Lei n.º 8.158/91, que altera o referido dispositivo da lei anterior. Segundo o art. 3.º da lei nova, a concentração realizada por meio de acordo entre empresas constitui infração à ordem econômica quando tenha por objetivo ou efeito dominar o mercado ou prejudicar a concorrência. Verificados certos requisitos positivos (aumento da produção, melhoria da distribuição de bens ou do fornecimento de serviços, eficiência, desenvolvimento tecnológico ou econômico, incremento das exportações e distribuição equitativa dos lucros aos usuários finais) e negativos (não-ultrapassagem dos limites necessários e não-eliminação da concorrência), a proibição deve ser declarada inaplicável à concentração, e válido o acordo, a despeito do prejuízo que possa ocasionar à concorrência.

Diversamente do direito comunitário europeu, de onde foram transplantadas para a nova redação do art. 74 as condições materiais de apli-

El art. 2.º, I, e, de la Ley n.º 4.137/62 considera abuso del poder económico la dominación del mercado o la restricción total o parcial de la competencia por medio de la acumulación de dirección, administración o gerencia de más de una empresa. La prohibición se refiere a la "unión personal" ejecutada con aquellos objetivos y mediante el abuso de posición dominante. Esta deducción está basada en el hecho de que el inciso I, citado, contiene una regla que abarca todos los acuerdos entre empresas concluidos con finalidad anticompetitiva, y no habría justificación para destacar una de las cuatro hipótesis de control entre empresas⁴⁶, ni siquiera la más importante.

A pesar de eso, la Ley n.º 8.158/91, al alterar el art. 74 de la Ley n.º 4.137/62, exigió la presentación a la Secretaría de todos

"los ajustes, acuerdos y convenciones, sob cualquier forma manifestados, que puedan limitar o reducir la competencia entre empresas".

Para ser aprobados, es necesario que cumplan los requisitos acumulativos sobre: a) el fin; b) la distribución de los resultados; c) el límite de la necesidad; d) la preservación de la competencia en una parte sustancial del mercado de bienes y servicios en cuestión.

Respecto al cumplimiento de estos requisitos, acumulativamente, el dispositivo exige: a) el aumento de la producción; b) la mayoría de la distribución de bienes o del abastecimiento de servicios; c) el favorecimiento de la eficiencia y del desarrollo tecnológico o económico; d) el incremento de las exportaciones. En lo tocante a la distribución de los beneficios derivada del pacto, es preciso ser equitativo entre los participantes y los usuarios. Acerca de los límites de las operaciones tiene que ser observado el criterio de la necesidad en relación a los objetivos visados. Por último, los ajustes, acuerdos o convenciones manifestados, bajo cualquier forma, no pueden eliminar la competencia en una parte sustancial del mercado de bienes o servicios pertinentes.

El art. 85 del Tratado de Roma prohíbe todos los acuerdos entre empresas, así como las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado común. Los acuerdos o decisiones vedados son nulos; sin embargo, estas disposiciones pueden ser declaradas

46 Se debe a ENZO MOAVERA-MILANESI (ob. cit., p. 500) la siguiente clasificación de los tipos de control: 1) fusión, sea por incorporación, sea por la creación de nueva empresa, eventualmente una *holding*; 2) adquisición de participación financiera; 3) atribución de tareas de gestión, que den causa a la "unión personal"; 4) contratos o acuerdos de cualquier especie que garanticen el control, a través del derecho de voto, de la subordinación de una empresa que continúa independiente, etc.

cação da regra sobre os acordos entre empresas (exceto no que se refere ao incremento das exportações), o parágrafo primeiro daquele dispositivo permite considerar válidos os

“ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas”,

se a limitação for necessária

“por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”,

comprovando-se que,

“sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final”,

e se a restrição tiver duração pré-fixada e se comprovar que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA RELATIVA À ESTRUTURA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O art. 2.º, I, letras b e seguintes da Lei n.º 4.137/62 proíbem diversas operações de concentração de empresas por meio das quais é possível dominar o mercado ou eliminar, total ou parcialmente, a concorrência, e não resultam de acordo entre empresas.

O direito brasileiro antecipou-se no reconhecimento da preponderância da concentração devido aos efeitos estruturais sobre a concorrência.

Na Comunidade Européia, o seu órgão executivo (Comissão) manifestou-se contrário ao uso do art. 85, e favorável ao uso do art. 86 do Tratado de Roma, que proíbe, na medida em que for suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Coerente com essa opinião, aquele órgão decidiu aplicar posteriormente a regra sobre posição dominante ao caso de uma empresa norte-americana fabricante de embalagens de grande importância em nível mundial. Através da aquisição de algumas empresas, atingira posição dominante no mercado comum e, por meio de oferta pública de ações, obtivera o controle de uma das suas licenciadas, detentora de posição forte em sua área geográfica.

Talvez a maior dificuldade na aplicação do art. 86 do Tratado CEE provenha do fato de que os efeitos do abuso de posição dominante se

inaplicables, incluso a las respectivas categorías, en los casos en que: a) contribuyan para mejorar la producción o la distribución de los productos o para promover el progreso técnico o económico, siempre cuando se reserve a los utilizadores una parte equitativa de las ganancias resultantes; b) no impongan a las empresas en causa cualquier restricción que no sea indispensable a la consecución de esos objetivos ni les den la posibilidad de eliminar la competencia en relación a una parte sustancial de los productos en causa.

La doctrina divide las condiciones de aplicación de la regla de derecho comunitario en positivas (mejoría de la producción e distribución de los productos, progreso técnico y económico, parte equitativa de las ganancias reservada a los utilizadores) y negativas (no imposición de restricciones, afuera de las indispensables, y en la no eliminación de la competencia).

La Ley n.º 4.137/62 prohíbe todos los acuerdos entre empresas, realizados de forma a dominar el mercado o eliminar la competencia, aunque parcialmente; pero la prohibición no comprende la concentración de empresas, que es objeto de normas peculiares a esta figura jurídica. De ese modo, no estaban sujetos al control previsto en el art. 74 los acuerdos formales de participación financiera, los protocolos sobre las condiciones de las operaciones de incorporación y fusiones, los convenios de “unión personal” y demás actos en materia de concentración que revistieran la forma escrita. El control de esas operaciones fué creado por el art. 13 de la Ley n.º 8.158/91, que altera el referido dispositivo de la ley anterior. Según el art. 3.º de la ley nueva, la concentración realizada por medio de acuerdo entre empresas constituye infracción al orden económico cuando tien por objetivo o efecto dominar el mercado o perjudicar la competencia. Verificados ciertos requisitos positivos (aumento de la producción, mejora de la distribución de bienes o del abastecimiento de servicios, eficiencia, desarrollo tecnológico o económico, incremento de las exportaciones y distribución equitativa de los beneficios a los usuarios finales) y negativos (no exceder los límites necesarios y no eliminar la competencia); la prohibición debe ser declarada inaplicable a la concentración y válido el acuerdo, a despecho del perjuicio que pueda ocasionar a la competencia.

Diversamente del derecho comunitario europeo, de donde fueran transplantadas para la nueva redacción del art. 74 las condiciones materiales de aplicación de la regla sobre los acuerdos entre empresas (excepto en lo que se refiere al incremento de las exportaciones), el párrafo primero de aquel dispositivo permite considerar válidos los

“ajustes, acuerdos o convenciones, bajo cualquier forma manifestados, que puedan limitar o reducir la competencia entre empresas”,

si la limitación for necesaria

projetam sobre a estrutura da concorrência⁴⁷; no entanto, a relação dos exemplos da prática restritiva compõe-se de comportamentos que incidem sobre os aspectos dinâmicos da concorrência, como sejam: imposição de preços de compra ou venda ou outras condições não equitativas; limitação da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico; práticas discriminatórias; cláusulas de subordinação.

Diante da complexidade desse artigo do Tratado, a sua guardiã interpretou-o de acordo com o objetivo geral da ação da Comunidade: criar um regime destinado a garantir que a concorrência não seja falseada no mercado comum.

A lei brasileira distingue-se da norte-americana e da comunidade europeia por não conter um conceito de monopolização ou de abuso de posição dominante, e por arrolar hipótese de concentração: 1) aquisição de ativos de empresas (coisas corpóreas integrantes do patrimônio de uma empresa), cotas e ações (partes do capital social), títulos (créditos por escrito) ou direitos (créditos em geral); 2) coalização (coligação entre duas ou mais empresas para regular o comportamento recíproco, relativamente a terceiros, a respeito de certo objeto, com a finalidade de lograr fins comuns)⁴⁸; incorporação (absorção de uma ou mais sociedades por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações); fusão (união de duas ou mais sociedades que formam uma terceira, que as sucede em todos os direitos e obrigações); integração (completação das atividades das empresas interessadas)⁴⁹ e qualquer outra forma de concentração de empresas comparável àquelas; 3) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas⁵⁰; 4) acumulação de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa (*união pessoal* entre empresas); 5) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas (con-

47 Adotaram-se três critérios para determinar a existência ou o peso de uma posição dominante: o de estrutura, o de comportamento e o de resultado. Os elementos que compõem o critério de estrutura são principalmente a dimensão das empresas interessadas, a quota de mercado, que detêm e as condições de acesso ao mercado. Os elementos que fazem parte do critério de comportamento são relativos à política de mercado seguida pelas empresas, por exemplo: fixação de preços, elaboração ou lançamento dos produtos, relações com os distribuidores, prazos de entrega, distribuição direta ou por concessionário, quotas atribuídas aos distribuidores ou concessionários. Os elementos constantes do critério de resultado são as consequências das ações das empresas: rentabilidade, lucros ou prejuízos (cf. JORGE DE JESUS, Ferreira Alves, *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, 1989, p. 92).

48 No caso de objetivo ou de efeito anticoncorrencial, não se trata de coalização, mas de cartel, a que se aplica a letra c do mesmo inciso.

49 Exemplo desta modalidade de integração é o aperfeiçoamento da planificação da produção das empresas interessadas, com base na sua integração (cf. GUILLERMO CABANELLAS (h.), ob. cit., p. 629).

50 A significação desses termos é a mesma do número 1-supra.

“por motivos preponderantes de la economía nacional y del bien común”,

comprobándose que,

“sin su práctica, podría ocurrir perjuicio al consumidor o usuario final”.

CONCENTRACIÓN ECONÓMICA RELATIVA A LA ESTRUCTURA EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

El art. 2.º, I, letras b y siguientes de la Ley n.º 4.137/62 prohíben diversas operaciones de concentración de empresas por medio de las cuales es posible dominar el mercado o eliminar, total o parcialmente, la competencia, y no resultan de acuerdo entre empresas.

El derecho brasileño se anticipó al reconocimiento de la preeminencia de la concentración debido a los efectos estructurales sobre la competencia.

En la Comunidad Europea, su órgano ejecutivo (Comisión) se manifestó contraria al uso del art. 85 y favorable al uso del art. 86 del Tratado de Roma, que prohíbe, en la medida en que for susceptible de afectar el comercio entre Estados Miembros, el hecho de una o más empresas explotar de forma abusiva una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste.

Coherente con esa opinión, aquel órgano decidió aplicar posteriormente la regla sobre posición dominante al caso de una empresa norteamericana fabricante de paquetes de gran importancia en nivel mundial. A través de la adquisición de algunas empresas, alcanzó una posición dominante en el mercado común, y, por medio de oferta pública de acciones, obtuvo el control de una de sus licenciadas, detentora de posición fuerte en su ámbito geográfico.

Tal vez la mayor dificultad en la aplicación del art. 86 del Tratado CEE provenga del hecho que los efectos del abuso de posición dominante se proyectan sobre la estructura de la competencia⁴⁷; mientras que la relación de los ejemplos de la práctica restrictiva se compone de comporta-

47 Se adoptaran tres criterios para determinar la existencia o el peso de una posición dominante: el de estructura, o de comportamiento y el de resultado. Los elementos que componen el criterio de estructura son principalmente la dimensión de las empresas interesadas, la cuota de mercado que detienen y las condiciones de acceso al mercado. Los elementos que hacen parte del criterio de comportamiento son relativos a la política de mercado seguida por las empresas, por ejemplo: fijación de precios, elaboración o lanzamiento de los productos, relaciones con los distribuidores, plazos de entrega, distribución directa o por concesionario, cuotas atribuidas a los distribuidores o concesionarios. Los elementos constantes del criterio de resultado son las consecuencias de las acciones de las empresas: rentabilidad, créditos o perjuicios (cf. JORGE DE JESUS, Ferreira Alves, *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, 1989, p. 92).

seqüências decorrentes da exploração de uma posição dominante no mercado ou numa parte substancial deste).

Da mesma forma que as colusões, as posições dominantes não são ilícitas de per si. Também na Comunidade Européia, no resumo de JEAN GUYÉNOT⁵¹,

“o que é proibido às empresas em posição dominante é submeter à sua lei empresas independentes ou que gravitem em torno delas, abusando da situação preponderante adquirida no mercado comum ou numa parte substancial dele.”

Não pode ser diferente a interpretação da Lei n.º 4.137/62, porquanto, desde a Constituição de 1946 (art. 148) até a atual (art. 173, § 4.º), só deve ser reprimido o abuso do poder econômico que tenha por objetivo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros.

Somam-se às hipóteses acima descritas de monopolização ou de abuso de posição dominante: a) a elevação, sem justa causa, dos preços com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção; b) a provocação de condições monopolísticas ou o exercício de especulação abusiva, com o fim de promover a elevação temporária de preços, pelos diversos meios que enumera; c) formação de grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, pelos vários meios que relaciona.

Após a descrição sistemática das práticas abusivas, o parágrafo único do art. 5.º da Lei n.º 4.137/62 edita a interrupção ou redução da produção, em grande escala, levada a efeito por empresa que detém poder de monopólio e, por conseguinte, determina o comportamento das outras.

A parte inicial do dispositivo define como *condições monopolísticas* aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços.

É ilícita a conquista de poder econômico ou de posição dominante, porquanto a Constituição só permite reprimir o abuso cometido por uma empresa que não tenha concorrentes para uma certa categoria de mercadoria ou de prestação de serviços ou, não estando exposta a nenhuma concorrência substancial, ocupa posição dominante no mercado.

Os deztoito incisos do art. 3.º da Lei n.º 8.158/91, assim como a própria definição de infração à ordem econômica, ignoram que existem dois grandes sistemas de regulação da concorrência: o dos Estados Unidos

51 *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations de entreprises dans la marché commun*, 1971, p. 125.

mientos que inciden sobre los aspectos dinámicos de la competencia, como son: imposición de precios de compra o de venta u otras condiciones no equitativas; limitación de la producción, distribución o desarrollo técnico; prácticas discriminatorias; cláusulas de subordinación.

Delante de la complejidad de ese artículo del Tratado, su guardiana lo interpretó de acuerdo con el objetivo general de acción comunitaria: crear un régimen destinado a garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado común.

La ley brasileña se distingue de la norteamericana y de la comunitaria europea por no contener un concepto de monopolización o de abuso de posición dominante, y por indicar hipótesis de concentración: 1) adquisición de activos de empresas (cosas corpóreas integrantes do patrimonio de una empresa), cuotas y acciones (partes del capital social), títulos (créditos por escrito) o derechos (créditos en general); 2) coalición (coligación entre dos o más empresas para regular el comportamiento recíproco, relativamente a terceros respecto a cierto objeto, con la finalidad de alcanzar fines comunes⁴⁸; incorporación (absorción de una o más sociedades por otra, que las sucede en todos los derechos y obligaciones); fusión (unión de dos o más sociedades que forman una tercera que las sucede en todos los derechos y obligaciones); integración (complementación de las actividades de las empresas interesadas)⁴⁹ y cualquier otra forma de concentración de empresas comparable a aquellas; 3) concentración de acciones, títulos, custos o derechos en poder de una o más empresas o de una o más personas físicas⁵⁰; 4) acumulación de dirección, administración o gerencia de más de una empresa (“unión personal” entre empresas); 5) creación de dificultades a la constitución, al funcionamiento o al desarrollo de empresa (consecuencias derivadas de la explotación de una posición dominante en el mercado o en una parte sustancial de este).

De la misma forma que las colusiones, las posiciones dominantes no son ilícitas por sí. También en la Comunidad Europea, en el resumen de JEAN GUYÉNOT⁵¹:

“Lo que es prohibido a las empresas en posición dominante es someter a su ley empresas independientes o que graviten en torno de ellas, abusando de la situación preponderante, adquirida en el mercado común o en una parte sustancial de él.”

48 En el caso de objetivo o de efecto anticompetitivo no se trata de coalición, pero de cartel, a que se aplica la letra “e” del mismo inciso.

49 Ejemplo de esta modalidad de integración es el perfeccionamiento de la planificación de la producción de las empresas interesadas, con base en su integración (cf. GUILLERMO CABANELLAS (h.), ob. cit., p. 629).

50 La significación de esos términos es la misma del número 1 supra.

51 *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations de entreprises dans la marché commun*, 1971, p. 125.

e o da Comunidade Européia. Um divide as práticas comerciais restritivas em duas categorias: a) contratos, combinações e conspirações; b) monopolização ou tentativa de monopolização. O outro também classifica as restrições à concorrência em dois grupos: a) acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas; b) exploração abusiva de posição dominante. O sistema comunitário distingue-se pela exemplificação das formas de colusão e de abuso de posição dominante.

A mescla de práticas restritivas de ambas as espécies no corpo do art. 3.º prejudica-lhe a interpretação. Não haveria semelhante dificuldade se fossem tratados à parte os cartéis e os monopólios, e os exemplos dados nós vários incisos correspondessem a cada uma dessas figuras jurídicas.

Além disso, há exemplos que figuram na lista dos meios de dominação de mercado ou de eliminação da concorrência, indicados no art. 2.º, I, da Lei n.º 4.137/62 (v.g., criação de dificuldade à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa).

O art. 3.º da Lei n.º 8.158/91 define infrações à ordem econômica pertencentes inequivocamente à categoria dos cartéis ou acordos entre empresas: *acordo e deliberação conjunta de empresas*. Outras podem ter origem tanto em colusão como em posição dominante: *ato, conduta ou prática que tenha por objeto ou por efeito a dominação do mercado ou a restrição da concorrência*.

A enumeração unifica e reproduz, com modificações, o catálogo de exemplos de acordos e decisões do art. 85 do Tratado de Roma e de abusos de posição dominante do art. 86, como se pode verificar pela comparação dos textos.

COMPARAÇÃO DOS EXEMPLOS DE PRÁTICAS RESTRITIVAS NO TRATADO DE ROMA COM OS DA LEI BRASILEIRA

Os arts. 85 e 86 do Tratado de Roma, que proíbem, respectivamente, os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas, que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, e a exploração abusiva de posição dominante, incluem a enumeração exemplificativa dos casos típicos desses comportamentos anticoncorrenciais.

Antes de comparar as enumerações daqueles dispositivos com a do art. 3.º da Lei n.º 8.158/91, é necessário cotejar as do Tratado entre si, porque um mesmo exemplo pode fazer parte das duas enumerações. Confrontem-se os exemplos de acordos, decisões e práticas concertadas e de exploração abusiva de posição dominante, que constam da letra a, do n.º 1, dos arts. 85 e 86: a) fixação dos preços ou quaisquer outras condições de transação; b) imposição de preços ou outras condições de transação.

No puede ser diferente la interpretación de la Ley n.º 4.137/62, por cuanto, desde la Constitución de 1946 (art. 148) hasta la actual (art. 173, § 4.º), sólo debe ser reprimido el abuso del poder económico que tenga por objetivo la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia o el aumento arbitrario de los créditos.

Se suman a las hipótesis arriba descritas de monopolización o de abuso de posición dominante: a) la elevación, sin justa causa, de los precios con el objetivo de aumentar arbitrariamente los beneficios sin aumentar la producción; b) la provocación de condiciones monopolísticas o el ejercicio de especulación abusiva, con el fin de promover la elevación temporaria de los precios, por los diversos medios que enumera; c) formación de grupo económico, por agregación de empresas, en detrimento de la libre deliberación de los compradores o de los vendedores, por los varios medios que relaciona.

Después de la descripción sistemática de las prácticas abusivas, el párrafo único del artículo 5.º de la Ley n.º 4.137/62 añade la interrupción o reducción de la producción, en gran escala, llevada a efecto por empresas que detienen poder de monopolio y, por consiguiente, determina el comportamiento de las otras.

La parte inicial del dispositivo define como *condiciones monopolísticas* aquellas en que una empresa o grupo de empresas controla en tal grado la producción, distribución, prestación o venta de determinado bien o servicio que pasa a ejercer influencia preponderante sobre los respectivos precios.

Es lícita la conquista de poder económico o de posición dominante, por cuanto la Constitución sólo permite reprimir el abuso cometido por una empresa que no tenga concurrentes para una cierta categoría de mercancía o de prestación de servicios o, no estando expuesta a ninguna competencia sustancial, ocupe posición dominante en el mercado.

Los dieciocho incisos del art. 3.º de la Ley n.º 8.158/91, así como la propia definición de infracción al orden económico, ignoran que existen dos grandes sistemas de regulación de la competencia: el de los Estados Unidos y el de la Comunidad Europea. Uno divide las prácticas comerciales restrictivas en dos categorías: a) contratos, combinaciones y conspiraciones; b) monopolización o tentativa de monopolización. El otro también clasifica las restricciones a la competencia en dos grupos: a) acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas; b) explotación abusiva de posición dominante. El sistema comunitario se distingue por la ejemplificación de las formas de colusión y de abuso de posición dominante.

La mezcla de prácticas restrictivas de ambas especies en el cuerpo del art. 3.º perjudica la interpretación. No habría semejante dificultad si

sação não equitativas. Num caso a fixação deriva de uma ação comum de duas ou mais empresas (colusão); no outro, da ação individual de uma empresa em posição dominante. Não há referência à equidade nas hipóteses de acordo de preço porque o art. 85 proíbe a simples colusão produza efeito ou não. O direito comunitário europeu interpreta a fixação de preços ou de outras condições de venda de modo a abarcar os abatimentos, os desempenhos e os sistemas de compensação, quer no plano horizontal, quer no vertical (entre empresas situadas no mesmo estágio económico ou em estágios económicos distintos).

O exemplo da Lei n.º 8.158/91 (art. 3.º, I) corresponde, em parte, ao do art. 86 do Tratado CEE, que faz referência à imposição de preços, que só pode partir de uma empresa em posição dominante. O dispositivo em questão acrescenta à imposição de preços: “descontos”, “condições de pagamento”, “quantidades mínimas ou máximas” e “margem de lucro”. Além disso, descreve um novo tipo de infração: “estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos”. Não se deve confundir o estabelecimento de preços por meio de acordos, decisões ou práticas concertadas e por meio de artifícios de que se utilizem empresas em posição dominante.

O exemplo do inciso II (limitação ou impedimento ao acesso de novas empresas ao mercado) ilustra a complexidade inerente à normatização da concorrência.

Escreve GUILLERMO CABANELLAS (h.)⁵²:

“Nos Estados Unidos, dado que a monopolização constitui uma das condutas principais sobre as quais se estrutura a legislação mencionada (leis Sherman, Clayton e da Comissão Federal de Comércio), boa parte dos acordos relacionados com a obstaculização do acesso ao mercado refere-se a manobras realizadas por empresas que gozam de posição de monopólio em determinado mercado ou que tentam alcançar essa posição.”

Na Argentina, pelo contrário, o art. 41, f, da Lei n.º 22.262/80 pune os atos ou condutas, enquadrados no art. 1.º, que consistam em

“impedir ou obstaculizar, mediante acordos ou ações concertadas, o acesso ao mercado de um ou mais concorrentes”.

Esses atos ou condutas deixam de ser passíveis de sanções administrativas, se constarem, como delitos, da enumeração exemplificativa do art. 41, ficam sujeitos a penas privativas da liberdade e de multa.

No direito brasileiro, a figura da obstaculização do acesso ao mercado estava contida na proibição de criar dificuldades à constituição de empresa (art. 2.º, I, g, da Lei n.º 4.137/62), cuja derrogação ainda atingiu as outras duas ações predatórias vedadas pelo dispositivo: a dificultação

⁵² Ob. cit., p. 471.

fuesen tratados por separado los carteles y los monopolios, y los ejemplos dados en los varios incisos correspondiese a cada una de esas figuras jurídicas.

Además de eso, hay ejemplos que figuran en la lista de los medios de dominación del mercado o de eliminación de la competencia, indicados en el art. 2.º, I, de la Ley n.º 4.137/62 (p. ej., creación de dificultad a la constitución, a lo funcionamiento o al desarrollo de empresa).

El art. 3.º de la Ley n.º 8.158/91 define infracciones al orden económico pertenecientes inequívocamente a la categoría de los carteles o acuerdos entre empresas: “acuerdo” y “deliberación conjunta de empresas”. Otras pueden tener origen tanto en colusión como en posición dominante: “acto”, “conducta” o “práctica” que tenga por objeto o por efecto la dominación del mercado o la restricción de la competencia.

La enumeración unifica y reproduce, con modificaciones, el catálogo de ejemplos de acuerdos y decisiones del art. 85 del Tratado de Roma y de abusos de posición dominante del art. 86, como se puede verificar por la comparación de los textos.

COMPARACIÓN EN LOS EJEMPLOS DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS EN EL TRATADO DE ROMA CON LOS DE LA LEY BRASILEÑA

Los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, que prohíben respectivamente los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan por objetivo o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, y la explotación abusiva de posición dominante, incluyen la enumeración ejemplificativa de los casos típicos de esos comportamientos anticompetitivos.

Antes de comparar las enumeraciones de aquellos dispositivos con la del art. 3.º de la Ley n.º 8.158/91, es necesario cotejar las del Tratado entre sí, por que un mismo ejemplo puede hacer parte de las dos enumeraciones. Confrontando los ejemplos de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y de explotación abusiva de posición dominante, que constan de la letra a, del n.º 1, de los arts. 85 y 86: a) fijación de los precios o cualquier otra condición de transacción; b) imposición de precios u otras condiciones de transacción no equitativas. En un caso la fijación deriva de una acción común de dos o más empresas (colusión); en el otro, de la acción individual de una empresa en posición dominante. No hay referencia a la equidad en las hipótesis de acuerdo de precio por que el art. 85 prohíbe la simple colusión, produzca efecto o no. El derecho comunitario europeo interpreta la fijación de precios o de otras condiciones de venta de modo a abarcar las rebajas, los desempeños y los sistemas

do funcionamento ou do desenvolvimento de empresa. Por se tratar de norma que apenas restringiu o campo de aplicação da anterior, ficou mantido o pressuposto da monopolização, que nos veio do direito anti-truste norte-americano⁵³.

O exemplo do inciso III (divisão dos mercados de produtos acabados ou semi-acabados, ou de serviços ou das fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários) tem menor alcance que o do n.º 1, letra c, do art. 85 do Tratado de Roma, que aplicável a todas as repartições territoriais, independentemente da espécie dos produtos. O dispositivo da Lei n.º 8.158/91 respeita os acordos entre empresas proibidos pelo art. 2.º, I, a, da Lei n.º 4.137/62, que considera forma de abuso de poder econômico o concurso de vontades para dominar o mercado, eliminar ou restringir a concorrência⁵⁴. Por seu caráter exemplificativo, a norma posterior não o derogou. A comparação que precisa ser feita é entre aquela norma e a do art. 3.º da lei nova. Uma proíbe o ajuste ou acordo entre empresas, pessoas vinculadas a elas ou interessadas no objeto de suas atividades, como meio de dominar os mercados ou eliminar total ou parcialmente a concorrência; a outra veda qualquer acordo ou deliberação conjunta de empresas⁵⁵ que tenha por objeto ou efeito dominar

53 No direito comunitário europeu, a obstaculização do acesso ao mercado é considerada abuso de posição dominante.

54 Os acordos de repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento são particularmente nocivos para o estabelecimento de um mercado comum, pois não admitem barreiras comerciais públicas (impostos aduaneiros, taxas de efeito equivalente, imposições internas discriminatórias, restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente) ou barreiras privadas à livre circulação das mercadorias. Sob o ponto de vista do direito nacional dos países participantes, devem ser postos em relevo os contratos de concessão exclusiva. "As alterações na concorrência, de acordo com JUAN IGNACIO FONTE GALAN (*La libre competencia en la Comunidad Europea*, 1986, p. 179), provêm, fundamentalmente, de três fatos: Em primeiro lugar, do fato de que o concedente, ao atribuir a distribuição com exclusividade ao concessionário, contribui para uma redução da concorrência potencial que poderia iniciar-se se não se tivesse comprometido a canalizar sua oferta exclusivamente através do distribuído exclusivo nessa zona. Em segundo lugar, do fato que pressupõe a obrigação do concessionário de não vender, nessa área geográfica concreta, produtos de outras empresas que, por sua natureza, características, preço ou outras condições de oferta, possam entrar em concorrência com os produtos fabricados pelo concedente, o que impede que o concessionário se converta num organismo intermediário de alternativa de bens ou serviços, sob o ponto de vista dos consumidores. E, finalmente, nos casos em que expressamente sejam previstas essas alterações da concorrência, podem provir, também, da denominada obrigação de proteção territorial absoluta, que o concedente deve prestar ao concessionário, a fim de impedir que outros concessionários ou distribuidores seus, que têm exclusividade em outros territórios, revendam os produtos na zona reservada ao primeiro concessionário. Esta cláusula de proteção territorial absoluta (concessões fechadas) pressupõe o fechamento do mercado do concessionário e a impossibilidade de importações paralelas..."

55 Omitimos a expressão seguinte ("ato, conduta ou prática") porque, em nosso entender, não se aplica ao acordo colusório, mas ao abuso de posição dominante. Nas regras de concorrência do Tratado CEE, as práticas restritivas dividem-se em "concertadas" (art. 85) e "abusivas" (art. 86).

de compensación, tanto en el plano horizontal como en el vertical (entre empresas situadas en la misma etapa económica o em etapas económicas distintas).

El ejemplo de la Ley n.º 8.158/91 (art. 3.º, I) corresponde, en parte, al del art. 86 del Tratado CEE, que hace referencia a la imposición de precios, que sólo puede partir de una empresa en posición dominante. El dispositivo en cuestión añade a la imposición de precios: "rebajas", "condiciones de pago", "cantidades mínimas o máximas" y "margen de beneficios". Además de eso, describe un nuevo tipo de infracción: "establecer precios mediante la utilización de medios artificiales". No se debe confundir el establecimiento de precios por medio de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas y por medio de artificios de que se valgan empresas en posición dominante.

El ejemplo del inciso II (limitación o impedimento al acceso de nuevas empresas al mercado) ilustra la complejidad inherente a la normatización de la competencia.

Escribe GUILLERMO CABANELLAS (h.)⁵²:

"En los Estados Unidos, dado que la monopolización constituye una de las conductas principales sobre las que se estructura la legislación mencionada (leyes Sherman, Clayton y de la Comisión Federal de Comercio), buena parte de los fallos relacionados con la obstaculización del acceso al mercado se refieren a maniobras realizadas por empresas que gozan de posición de monopolio en determinado mercado o que intentan alcanzar tal posición."

En Argentina, por el contrario, el art. 41, f, de la Ley n.º 22.262/80 pune los actos o conductas, encuadradas en el art. 1.º, que consistan en

"impedir o obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más concurrentes".

Esos actos o conductas dejan de ser pasibles de sanciones administrativas, si constaren, como delitos, de la relación ejemplificativa del art. 41, quedando sujetos a penas privativas de libertad y de multa.

En el derecho brasileño, la figura de la obstaculización al acceso al mercado estaba contenida en la prohibición de crear dificultades a la constitución de empresas (art. 2.º, I, g, de la Ley n.º 4.137/62), cuya derogación, aún alcanzó las otras dos acciones predatorias vedadas por el dispositivo: la dificultad al funcionamiento o al desarrollo de empresas. Por se tratar de norma que apenas restringió el ámbito de apli-

52 Ob. cit., p. 471.

mercado de bens ou serviços, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins não sejam alcançados.

O exemplo do inciso IV tem por objeto a fixação de preços ou condições de venda, mediante acordos entre empresas, assim como o n.º 1, *a*, do art. 85 do Tratado de Roma. Elucida, portanto, a definição de eliminação ou restrição à concorrência por meio de conluio entre concorrentes, nos casos de venda e de prestação de serviços. A regra comunitária possui maior alcance, pois incide sobre as formas diretas e indiretas de fixação dos preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transações, e não apenas de venda.

O exemplo do inciso V (regulação de mercados mediante acordo que vise limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção e a distribuição de bens e serviços) tem correlação com o art. 85, n.º 1, *b*, do Tratado de Roma; porém é mais extenso, pois alcança os investimentos. Afora isso, a proibição figura matizada no art. 86, *b* (limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores).

O exemplo do inciso VI (dificultação de investimentos destinados à produção de bens ou serviços) foi destacado do art. 85, n.º 1, *b*, do Tratado de Roma (limitação ou controle dos investimentos).

O exemplo do inciso VII (recusa injustificada na venda de bens ou da prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e práticas comerciais) não tem paralelo expreso no direito comunitário europeu; porém, a recusa está contida na cláusula geral sobre o abuso de posição dominante⁵⁶.

O exemplo do inciso VIII (subordinação da venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço e subordinação da prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem) tem correlação com o art. 85, I, *e*, e com o art. 86, *d*, do Tratado de Roma. Nestes dispositivos, a proibição das cláusulas de subordinação engloba todos os contratos em que as prestações suplementares, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

O exemplo do inciso IX (dificultação ou rompimento da continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar o mercado, e dificultação do funcionamento de outra empresa) não foi extraído do Tratado de Roma. A criação de dificuldades ao funcionamento de empresa faz parte das proibições da Lei n.º 4.137/62 (art. 2.º, I, *g*), que concerne ao abuso de posição dominante. Por outro lado,

⁵⁶ Cf. THIESING, SCHRÖTER e HOCHBAUM, ob. cit., p. 246; ALDO FRIGNANI e MICHEL WOELBROECK, ob. cit. p. 286.

cación de la anterior, quedó mantenido el presupuesto de la monopolización, que nos vino del derecho antitruste norteamericano⁵³.

El ejemplo del inciso III (división de los mercados de productos acabados o semiacabados, o de servicios o de las fuentes de abastecimiento de materias primas o productos intermediarios) tiene menor alcance que el del n.º 1, letra *c*, del art. 85 del Tratado de Roma, aplicable a todas las reparticiones territoriales, independientemente de la especie de los productos. El dispositivo de la Ley n.º 8.158/91 respeta los acuerdos entre empresas prohibidos por lo art. 2.º, I, *a*, de la Ley n.º 4.137/62, que considera forma de abuso de poder económico el concurso de voluntades para dominar el mercado, eliminar o restringir la competencia⁵⁴. Por su carácter ejemplificativo, la norma posterior no lo derogó. La comparación que precisa ser hecho es entre aquella norma y la del art. 3.º de la nueva ley. Una prohíbe el ajuste o acuerdo entre empresas, personas vinculadas a ellas o interesadas en el objeto de sus actividades, como medio de dominar los mercados o eliminar total o parcialmente la competencia; la otra veda cualquier acuerdo o deliberación conjunta de empresas⁵⁵ que tenga por objeto o efecto dominar el mercado de bienes

⁵³ En el derecho comunitario europeo, la obstaculización del acceso al mercado es considerada abuso de posición dominante.

⁵⁴ Los acuerdos de división de los mercados o de las fuentes de abastecimiento son particularmente nocivos para el establecimiento de un mercado común, pues no admiten barreras comerciales públicas (impuestos aduaneros, tasas de efecto equivalente, imposiciones internas discriminatorias, restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente) o barreras a la libre circulación de las mercancías. Bajo el punto de vista del derecho nacional de los países participantes, deben ser puestos en relevo los contratos de concesión exclusiva. "Las alteraciones de la competencia, de acuerdo con JUAN IGNACIO FONTE GALÁN (*La libre competencia en la Comunidad Europea*, 1986, p. 179), provienen, fundamentalmente, de tres hechos: En primer lugar del hecho de que el concedente, al atribuir la distribución en exclusiva al concesionario, contribuye a una *reducción de la competencia potencial* que podría entablarse si no se hubiera comprometido a canalizar exclusivamente su oferta a través del distribuidor exclusivo en esa zona. En segundo lugar, del hecho que supone la obligación del concesionario de no vender, en esa área geográfica concreta productos de otras empresas que, por su naturaleza, características, precio u otras condiciones de oferta, puedan entrar en competencia con los productos fabricados por el concedente, lo cual impide que el concesionario se convierta en un *organismo intermediario de alternativas de bienes o servicios*, sob el punto de vista de los consumidores. Y, finalmente, en los casos en que expresamente se prevean tales alteraciones de la competencia, pueden provenir, también, de la denominada obligación de *protección territorial absoluta*, que debe prestar el concedente al concesionario, a fin de impedir que otros de sus concesionarios o distribuidores sus que tienen la exclusiva en otros territorios, revendan los productos en la zona reservada al primer concesionario. Esta cláusula de protección territorial absoluta (concesiones *cerradas*) supone la tabicación del mercado del concesionario y la imposibilidad de importaciones paralelas...".

⁵⁵ Omittimos la expresión siguiente ("acto, conducta o práctica") porque, a nuestro entender, no se aplica al acuerdo colusorio, pero al abuso de posición dominante. En las reglas de competencia del Tratado CEE, las prácticas restrictivas se dividen en "concertadas" (art. 85) y "abusivas" (art. 86).

a menção à finalidade da conduta anticoncorrencial (dominar o mercado) era necessária, visto que o exemplo em causa ilustra a proibição de qualquer ato, conduta ou prática que tenha por objeto ou efeito esse resultado. A interrupção de relações comerciais também respeita o abuso de posição dominante.

O exemplo do inciso X (impedimento à exploração de direitos de propriedade industrial, ou intelectual e de tecnologia) tem o mérito de explicitar que o dispositivo objeto da enumeração se aplica aos direitos de propriedade industrial. Na Comunidade Européia, o Regulamento n.º 17, de 16 de fevereiro de 1962, expedido pelo Conselho, precisou esclarecer que a proibição do art. 85, § 1.º, atinge os acordos, decisões e práticas concertadas que imponham limitações ao exercício de direitos de propriedade industrial — notadamente patentes, modelos de utilidade, desenhos e modelos ou marcas — ao adquirente, ao usuário ou beneficiário de contratos que contenham cessão ou concessão de processos de fabricação ou conhecimentos relativos à utilização e aplicação de técnicas industriais.

O exemplo do inciso XI (abandono, constringimento ao abandono ou destruição de lavoura ou plantação) inspira-se nas disposições da lei argentina relativas ao abandono de atividades econômicas e à destruição de produtos ou meios de produção⁵⁷, como partes de ações concertadas.

O exemplo do inciso XII (destruição, inutilização e açambarcamento, sem necessidade justificada, de matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, equipamentos destinados a produzi-los ou transportá-los, bem como dificultação da sua operação) encontra antecedentes nos arts. 4.º, IV e 7.º, VIII da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo⁵⁸. O primeiro define um crime contra a ordem econômica de monopolização ou tentativa de monopolização mediante açambarcamento, sonegação, destruição ou inutilização de bens de produção ou de consumo; o segundo um crime contra as relações de consumo, consistente em destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar a alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros. Neste segundo caso, não se trata de ação concertada, mas individual, praticada por empresa que detém posição dominante ou grupo de empresas formado pela sociedade-mãe e suas filiais.

⁵⁷ Art. 41, i e j, da Lei n.º 22.262/80. Ambos dispositivos, como resalta GUILLERMO CABANELLAS (h.) (ob. cit., pp. 556 e 561), figuravam em lei anterior, e não encontram equivalentes nas principais legislações estrangeiras, sem prejuízo da possibilidade de estarem compreendidos em normas gerais que reprimem os atos anticoncorrenciais.

⁵⁸ O art. 23 da Lei n.º 8.158/91 manteve as "normas definidoras de ilícitos e sanções constantes da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, assim como em outros diplomas legais relativos a práticas de abuso de poder econômico", tornando difícil a determinação do dispositivo aplicável.

o servicios, perjudicar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros, aún que los fines no sean alcanzados.

El ejemplo del inciso IV tiene por objeto la fijación de precios o condiciones de venta, mediante acuerdos entre empresas, así como el n.º 1, a, del art. 85 del Tratado de Roma. Aclara, por lo tanto, la definición de eliminación o restricción a la competencia por medio de acuerdo entre concurrentes, en los casos de venta y de prestación de servicios. La regla comunitaria posee mayor alcance, pues incide sobre las formas directas e indirectas de fijación de los precios de compra o de venta o cualquier otra condición de transacción, y no apenas de venta.

El ejemplo del inciso V (regulación de mercados mediante acuerdo que vise limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción y la distribución de bienes y servicios) tiene correlación con el art. 85, n.º 1, b del Tratado de Roma; pero es más extenso, pues alcanza las inversiones. Fuera de esto, la prohibición figura matizada en el art. 86, b (limitación de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores).

El ejemplo del inciso VI (dificultades a las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios) fué destacado del art. 85, n.º 1, b, del Tratado de Roma (limitación o control de las inversiones).

El ejemplo del inciso VII (rechazo injustificado a la venta de bienes o de la prestación de servicios, dentro de las condiciones de pago normales a los usos y costumbres comerciales) no tiene paralelo expreso en el derecho comunitario europeo; pero, el rechazo está contenido en la cláusula general sobre el abuso de posición dominante⁵⁶.

El ejemplo del inciso VIII (subordinación da venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio y subordinación de la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien) tiene correlación con el art. 85, I, e, y con el art. 86, d, del Tratado de Roma. En estos dispositivos, la prohibición de las cláusulas de subordinación engloba todos los contratos en los cuales las prestaciones suplementares, por su naturaleza o de acuerdo con los usos comerciales, no guardan relación con el objeto de esos contratos.

El ejemplo del inciso IX (dificultad o rompimiento de la continuidad de relaciones comerciales de plazo indeterminado, con o objetivo de dominar el mercado, y la dificultad de funcionamiento de otra empresa), no fué extraído del Tratado de Roma. La creación de dificultades al funcionamiento de empresa hace parte de las prohibiciones de la Ley n.º 4.137/62 (art. 2.º, I, g), que concierne al abuso de posición dominante. Por otra parte,

⁵⁶ Cf. THIESING, SCHROTER y HOCHBAUM, ob. cit., p. 246; ALDO FRIGNANI y MICHEL WOELBROECK, ob. cit., p. 286.

O exemplo do inciso XIII (venda de mercadoria ou prestação de serviço sem margem de lucro) faz alusão ao fim que visa (dominação do mercado), quando este integra a descrição da norma que procura tornar compreensível. No direito comunitário europeu, segundo a explanação de THIESING, SCHRÖTER e HOCHBAUM⁶⁹,

“a prática de preços iniquamente baixos para os compradores pode constituir abuso, no sentido do art. 86, em relação aos concorrentes, desde que tenha por objeto ou efeito retirá-los do mercado”.

O exemplo do inciso XIV (importação, exportação ou comercialização de mercadoria abaixo do preço praticado no país exportador, em prejuízo de concorrente com estabelecimento no Brasil), assim como o anterior, reporta-se ao abuso de posição dominante. No direito comunitário europeu, a discriminação de preços incorre na proibição do art. 85, § 1.º, d, ou do art. 86, c, conforme a restrição anticoncorrencial relativa aos preços derive de acordo entre empresas ou de abuso de posição dominante.

O exemplo do inciso XV (obtenção ou influência na adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes) seria pertinente se a lei vedasse as decisões de associações de empresas; mas, tanto o art. 2.º, I, da Lei n.º 4.137/62, como o art. 3.º da Lei n.º 8.158/91, proíbem exclusivamente os acordos entre empresas. Assim, as que acatam a decisão, e se tornam partes numa prática concertada, respondem pelo comportamento comum que falseia a concorrência.

O exemplo do inciso XVI (criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas) reproduz a proibição de dominar o mercado, eliminar ou restringir a concorrência por esses meios, na forma do art. 2.º, I, g, da Lei n.º 4.137/62, cujos destinatários são as empresas monopolistas ou em posição dominante.

O exemplo do inciso XVII (constituição ou participação em associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer práticas vedadas por esta lei) não se refere à regra geral, posto que define outras espécies de infração, inconfundíveis com o acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática que tenham por objetivo ou efeito o domínio de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Como somente desavisados constituiriam associações ou entidades que tivessem por objeto praticar atos vedados pela lei que institui normas para a defesa da concorrência, o dispositivo é inócuo.

O exemplo do inciso XVIII (ação ou omissão, em conluio com concorrentes, mediante condutas paralelas, que tenham por objetivo ou

59 Cf. THIESING, SCHRÖTER e HOCHBAUM, ob. cit., p. 81.

la mención a la finalidad de la conducta anticompetitiva (dominar el mercado) era necesaria, visto que el ejemplo en causa ilustra la prohibición de cualquier acto, conducta o práctica que tenga por objeto o efecto ese resultado. La interrupción de relaciones comerciales también respeta el abuso de posición dominante.

El ejemplo del inciso X (impedimento a la explotación de derechos de propiedad industrial, o intelectual y de tecnología) tiene el mérito de señalar expresamente que el dispositivo objeto de la enumeración se aplica a los derechos de propiedad industrial. En la Comunidad Europea, el Reglamento n.º 17, de 16 de febrero de 1962, adaptado por el Consejo, necesitó aclarar que la prohibición del art. 85, § 1.º, alcanza los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que impongan limitaciones al ejercicio de derechos de propiedad industrial — en especial patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos o marcas — al adquirente, al usuario o beneficiario de contratos que contengan cesión o concesión de procesos de fabricación o conocimientos relativos a la utilización y aplicación de técnicas industriales.

El ejemplo del inciso XI (abandono, constreñimiento al abandono o destrucción de plantación) se inspira en las disposiciones de la ley argentina relativas al abandono de actividades económicas y a la destrucción de productos o medios de producción⁶⁷, como partes de acciones concertadas.

El ejemplo del inciso XII (destrucción, inutilización y acaparamiento, sin necesidad justificada, de materias primas, productos intermediarios o acabados, equipamientos destinados a producirlos o transportarlos, bien como dificultar su operación) encuentra antecedentes en los arts. 4.º, IV e 7.º, VIII de la Ley n.º 8.137, del 27 de diciembre de 1990, que define crímenes contra el orden tributario, económico y contra las relaciones de consumo⁶⁸. El primero define un crimen contra el orden económico de monopolización o tentativa de monopolización mediante acaparamiento, sustracción, destrucción o inutilización de bienes de producción o de consumo; el segundo un crimen contra las relaciones de consumo, consistente en destruir, inutilizar o damnificar materia prima o mercancías, con el fin de provocar el alza del precio, en provecho propio o de terceros. En este segundo caso no se trata de acción concertada, pero individual, pra-

67 Art. 41, i y j, de la Ley n.º 22.262/80. Ambos dispositivos, como resalta GUILLERMO CABANELLAS (h.) (ob. cit., pp. 556 e 561) figuraban en la ley anterior y no encuentran equivalentes en las principales legislaciones extranjeras, sin perjuicio de la posibilidad de estar comprendidos en normas generales que reprimen los actos anticompetitivos.

68 El art. 23 de la Ley n.º 8.158/91 mantuvo las “normas definidoras de ilícitos y sanciones constantes de la Ley n.º 4.137, del 10 de septiembre de 1962, así como en otros diplomas legales relativos a prácticas de abuso de poder económico”, tornando difícil la determinación del dispositivo aplicable.

efeito a realização de práticas proibidas pela Lei n.º 8.158/91) deixou de levar em conta que as condutas paralelas não são mencionadas em seu art. 3.º. O dispositivo faz referência a “ato, conduta ou prática” como elementos do abuso de posição dominante, ao contrário da lei argentina, cujo princípio geral relaciona “atos ou condutas” com as duas figuras principais de violação das regras de concorrência: práticas restritivas e abuso de posição dominante. As condutas paralelas não se confundem com as “práticas concertadas” do art. 85, § 1.º, do Tratado de Roma, conforme explicam THIESING, SCHRÖTER e HOCHBAUM⁶⁰

“a exigência da concertação distingue a prática concertada do simples paralelismo consciente, *conscious parallelism*, que não incorre na interdição. Não há, portanto, prática concertada senão quando, em particular num mercado oligopolista, uma empresa — em geral aquela que detém a maior parte do mercado — decide de modo autónomo aumentar seus preços, e outras empresas se dispõem a seguir esta alta (*price leadership*)”.

A exemplificação deixou de ater-se à esfera de aplicação do art. 3.º da Lei n.º 8.158/91, e definiu como infração o paralelismo de comportamento, que, em outros países, é tido como prova indireta ou indício de prática concertada. O conluio ou concertação entre concorrentes pertence aos elementos normativos da figura do acordo proibido pelo art. 2.º, I, a, da Lei n.º 4.137/62.

POSIÇÃO DOMINANTE E MERCADO EM CAUSA

Não há, nem pode haver, na legislação brasileira, disposição que proíba o monopólio e a tentativa de monopolização, considerados em si mesmos, como no direito norte-americano, nem tampouco a posição dominante, independentemente do abuso, como no direito comunitário europeu. Com efeito, o art. 173, § 4.º da Constituição, restringe a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Com esta limitação, é no que couber, aplicam-se à concentração os princípios gerais relativos aos acordos entre empresas e ao abuso do poder econômico.

Quanto à proibição dos acordos entre empresas que tenham por objetivo ou efeito a dominação dos mercados ou a eliminação da concorrência, pelas formas descritas no art. 2.º da Lei n.º 4.137/62, ou no art. 3.º da Lei n.º 8.158/91, é necessário apurar se o ajuste produz modificação na titularidade do capital das empresas, ou apenas coordenação no respectivo comportamento, posto que continuam independentes. A vedação de que se trata incide apenas na segunda hipótese.

60 Ob. cit., p. 83.

ticada por empresa que detenta posición dominante o grupo de empresas formado por la sociedad madre y sus filiales.

El ejemplo del inciso XIII (venta de mercancía o prestación de servicio sin margen de beneficio) hace alusión al fin que visa (dominación del mercado), cuando éste integra la descripción de la norma que procura tornar comprensible. En el derecho comunitario europeo, según la explicación de THIESING, SCHRÖTER y HOCHBAUM⁶⁰,

“la práctica de precios inicuadamente bajos para los compradores puede constituir abuso, en el sentido del art. 86, en relación a los concurrentes, desde que tenga por objeto o efecto retirarlos del mercado”.

El ejemplo del inciso XIV (importación, exportación o comercialización de mercancía abajo del precio practicado en el país exportador, en perjuicio de concurrente con establecimiento en Brasil), así como el anterior, se reporta al abuso de posición dominante. En el derecho comunitario europeo, la discriminación de precios incurre en la prohibición del art. 85, § 1.º, d, o del art. 86, c, según la restricción anticompetitiva relativa a los precios derive de acuerdo entre empresas o de abuso de posición dominante.

El ejemplo del inciso XV (obtención o influencia en la adopción de conducta uniforme o concertada entre concurrentes) sería pertinente si la ley prohibiese las decisiones de asociación de empresas; pero, tanto el art. 2.º, I, de la Ley n.º 4.137/62, como el art. 3.º de la Ley n.º 8.158/91, prohíben exclusivamente los acuerdos entre empresas. Así, las que acatan la decisión, y se tornan partes en una práctica concertada responden por el comportamiento común que falsea la competencia.

El ejemplo del inciso XVI (creación de dificultades a la constitución, al funcionamiento o al desarrollo de empresas) reproduce la prohibición de dominar el mercado, eliminar o restringir la competencia por esos medios, en la forma del art. 2.º, I, g, de la Ley n.º 4.137/62, cuyos destinatarios son las empresas monopolistas o en posición dominante.

El ejemplo del inciso XVII (constitución o participación en asociación o entidad de cualquier naturaleza cuya finalidad o efecto configure cualquier práctica vedada por esta ley) no se refiere a la regla general, puesto que define otras especies de infracción; inconfundibles con el acuerdo, deliberación conjunta de empresas, acto, conducta o práctica que tengan por objetivo, o efecto el dominio de mercado, la eliminación de la competencia o el aumento arbitrario de los réditos. Como solamente desavisados constituirían asociaciones o entidades que tuviesen por objeto practicar actos vedados por la ley que instituye normas para la defensa de la competencia, el dispositivo es inícuo.

59 Cf. THIESING, SCHRÖTER e HOCHBAUM, ob. cit., p. 81.

A proibição do abuso de posição dominante, com o mesmo objetivo ou efeito ⁶¹, consta dos dispositivos que se referem à exploração do poder econômico relativamente ao mercado de certos produtos, capaz de limitar, restringir ou falsear o jogo da concorrência. Essa possibilidade se concretiza quando a concentração reforça a posição ao ponto de eliminar a concorrência, efetiva ou potencial, até então existente, no mercado ou na parte do mercado de que se trata.

Com referência ao mercado dos produtos com que operam as empresas interessadas, convém distinguir, como o fez a Comissão da Comunidade Européia ⁶², quatro elementos essenciais: a) a parte do mercado dos produtos em causa que detêm as empresas concertadas; b) as proporções relativas da nova entidade econômica criada pela concentração, cotejadas com a dos eventuais concorrentes do mercado; c) a força econômica da clientela perante a nova entidade; d) a concorrência potencial, seja por parte de fabricantes dos mesmos produtos, estabelecidos em mercados geograficamente distintos, seja de outros fabricantes, estabelecidos num mercado comum ou nacional. É fundamental a determinação do mercado ou da parte do mercado em causa, bem como da posição dos produtos substitutivos, a fim de que não haja incerteza a respeito das características da operação, e seja elucidada sob o aspecto dos seus efeitos sobre a concorrência. Deve verificar-se, ainda, se a empresa conduziu a concentração explorando abusivamente sua posição de domínio.

Há dois critérios para determinar o mercado ou a parte deste objeto de dominação por uma empresa ou grupo de empresas: o geográfico e o econômico (do produto ou serviço). Um considera a localização da posição de domínio em relação a todo ou parte do mercado nacional ou comunitário. Em face da proibição do art. 86 do Tratado de Roma (exploração abusiva de posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste), tem que ser conhecida a dimensão do espaço econômico em que a empresa adota o comportamento anticoncorrencial. Se corresponde a uma região ou Município, por exemplo, a conduta deixa de ser reprimível. O outro critério (econômico, do produto ou serviço) tem em conta o mercado dos bens produzidos ou dos serviços prestados pela empresa em posição dominante, em relação a todos os bens substitutivos. Desse modo, delimita-se o mercado pela possibilidade de substituição dos produtos pelos consumidores. Nos casos de concentração, o poder de dominação deve ser apreciado não apenas em função da possibilidade de escolha dos consumidores ou usuários, como do peso financeiro das em-

⁶¹ São formas básicas da operação: a concentração de uma empresa em posição dominante com outra ou a concentração de duas empresas, efetuada com o fim de atribuir posição dominante à nova empresa.

⁶² XAVIER DE ROUX e DOMINIQUE VOILLEMONT (ob. cit., p. 152).

El ejemplo del inciso XVIII (acción u omisión, en acuerdo con concurrentes, mediante conductas paralelas, que tengan por objeto o efecto la realización de prácticas prohibidas por la Ley n.º 8.158/91) dejó de llevar en cuenta que las conductas paralelas no son mencionadas en el art. 3.º El dispositivo hace referencia a "acto, conducta o práctica" como elementos del abuso de posición dominante, al revés de la ley argentina, cuyo principio general relaciona "actos o conductas" con las dos figuras principales de violación de las reglas de la competencia: prácticas restrictivas y abuso de posición dominante. Las conductas paralelas no se confunden con las "prácticas concertadas" del art. 85, § 1.º, del Tratado de Roma, según explican THIESING, SCHRÖTER y HOCHBAUM ⁶⁰.

"La exigencia de la concertación distingue la práctica concertada del simple paralelismo consciente (*conscious parallelism*) que no incurre en la interdicción. No hay, por lo tanto, práctica concertada sino cuando, en particular en un mercado oligopolista, una empresa — en general aquella que detiene la mayor parte del mercado — decide de modo autónomo aumentar sus precios, y otras empresas se disponen a seguir esta alza (*price leadership*)".

La ejemplificación dejó de atenerse a la esfera de aplicación del art. 3.º de la Ley n.º 8.158/91, y definió como infracción el paralelismo de comportamiento, que, en otros países, es tomado como prueba indirecta o indicio de práctica concertada. El acuerdo o concertación entre concurrentes pertenece a los elementos normativos de la figura del acuerdo prohibido por el art. 2.º, I, a, de la Ley n.º 4.137/62.

POSICIÓN DOMINANTE Y MERCADO EN CAUSA

No hay, ni puede haber, en la legislación brasileña, disposición que prohíba el monopolio y la tentativa de monopolización, considerados en sí mismo, como en el derecho norteamericano, ni tampoco la posición dominante, independientemente del abuso, como en el derecho comunitario europeo. Con efecto, el art. 173, § 4.º de la Constitución, restringe la represión al abuso del poder económico que vise a la dominación de los mercados, a la eliminación de la competencia y al aumento arbitrario de los beneficios. Con esta limitación, y en el que sea posible, se aplican a la concentración los principios generales relativos a los acuerdos entre empresas y al abuso del poder económico.

Cuanto a la prohibición de los acuerdos entre empresas que tengan por objetivo o efecto la dominación de los mercados o a la eliminación de la competencia, por las formas descritas en el art. 2.º de la Ley n.º 4.137/62 o en el art. 3.º de la Ley n.º 8.158/91, es necesario apurar si el ajuste produce modificación en la titularidad del capital de las em-

⁶⁰ Ob. cit., p. 83.

presas em questão, da estrutura dos mercados visados, da evolução de oferta e da procura dos respectivos produtos ou serviços⁶³.

O abuso do poder de dominação do mercado, com o objetivo de eliminar a concorrência, constitui ato ou conduta contrários a uma proibição legal. O art. 2.º da Lei n.º 4.137/62, assim como o art. 3.º da Lei n.º 8.158/91, não se aplicam a todo e qualquer ato ou conduta que restrinjam a concorrência, senão aos que se encontram descritos nesses dispositivos. Um dos elementos constitutivos implícitos das proibições em apreço é que os efeitos dos atos ou condutas se produzam num determinado espaço econômico (mercado relevante) em função do qual seapura a licitude do comportamento das empresas.

O critério de determinação do mercado a considerar se refere à natureza econômica dos bens ou serviços produzidos ou oferecidos pela empresa em posição dominante, pois, conforme JUAN IGNACIO FONT GALAN⁶⁴,

“não é lógico exigir que a empresa em posição de domínio exerça seu poder econômico em todos os setores industriais, comerciais ou de serviços da CEE. Este predomínio somente é requerido em relação ao setor ou *mercado relevante* formado pelo tipo de bens ou serviços produzidos ou oferecidos por certa empresa ou outros de análoga natureza que possam entrar em concorrência em razão de sua *substituibilidade* por aquelas (*elástica da demanda*)”.

A legislação brasileira só prevê o controle das concentrações que tenham por fonte o acerto entre as empresas (ajustes, acordos ou convenções). As concentrações realizadas com abuso de posição dominante não estão sujeitas ao controle *a posteriori*, criado pelo art. 34 da Lei n.º 4.137/62.

Por outro lado, a sanção adequada à violação dos princípios de concorrência é a desconcentração, não prevista no art. 3.º da Lei n.º 4.137/62 (cessação da prática restritiva, multa e intervenção judicial nas empresas) ou no art. 7.º da Lei n.º 8.158/91 (declaração de inidoneidade para fins de habilitação em licitações ou contratações; inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; recomendação de que não seja concedido parcelamento de tributos federais). A sanção de desconcentração pode ser infligida exclusivamente em processo de controle de concentração, mediante ajuste, acordo ou convenção, excetuados aqueles cuja eficácia dependa de condições suspensivas ou já tenham produzido efeitos perante terceiros em geral.

63 Cf. J. SIMÕES PATRÍCIO, *Direito da Concorrência*, Lisboa, Gradiva, 1982, p. 89.

64 Ob. cit., p. 270.

presas, o apenas coordenação en el respectivo comportamiento, puesto que continúan independientes. La vedación de que trata incide apenas en la segunda hipótesis.

La prohibición del abuso de posición dominante, con el mismo objetivo o efecto⁶¹, consta de los dispositivos que se refieren a la explotación del poder económico relativamente al mercado de ciertos productos, capaz de limitar, restringir o falsear el juego de la competencia. Esa posibilidad se concretiza cuando la concentración refuerza la posición al punto de eliminar la competencia, efectiva o potencial, hasta entonces existente, en el mercado o en la parte del mercado de que se trata.

Con referencia al mercado de los productos con que operan las empresas interesadas, conviene distinguir, como lo ha hecho la Comisión de la Comunidad Europea⁶², cuatro elementos esenciales: a) la parte del mercado de los productos en causa que detienen las empresas concertadas; b) las proporciones relativas de la nueva entidad económica creada por la concentración, cotejadas con la de los eventuales concurrentes del mercado; c) la fuerza económica de la clientela delante de la nueva entidad; d) la competencia potencial, sea por parte de fabricantes de los mismos productos, establecidos en mercados geográficamente distintos, sea de otros fabricantes, establecidos en un mercado común o nacional. Es fundamental la determinación del mercado o de la parte del mercado en causa, así como de la posición de los productos substitutivos, a fin de que no haya incerteza respecto de las características de la operación y sea elucidada bajo el aspecto de sus efectos sobre la competencia. Debe verificarse, aún, si la empresa condució la concentración explotando abusivamente su posición de dominio.

Hay dos criterios para determinar el mercado o la parte de éste objeto de dominación por una empresa o grupo de empresas: el geográfico y el económico (del producto o servicio). Uno considera la localización de la posición de dominio en relación a todo o parte del mercado nacional o comunitario. Delante de la prohibición del art. 86 del Tratado de Roma (explotación abusiva de posición dominante en el mercado común o en una parte substancial de éste), tiene que ser conocida la dimensión del espacio económico en que la empresa adopta el comportamiento anticompetitivo. Si corresponde a una región o municipio, por ejemplo, la conducta deja de ser reprimible. El otro criterio (económico, del producto o servicio) tiene en cuenta el mercado de los bienes producidos o de los servicios prestados por la empresa en posición dominante, en relación a todos los bienes substitutivos. De ese modo, se delimita el mercado por

61 Son formas básicas de la operación: la concentración de una empresa en posición dominante con otra o la concentración de dos empresas, efectuada con el fin de atribuir posición dominante a la nueva empresa.

62 XAVIER DE ROUX y DOMINIQUE VOILLEMONT (ob. cit., p. 152).

O art. 74, § 6.º, da Lei n.º 4.137/62 (introduzido pela Lei n.º 8.158/91) trata da falta de apresentação dos mencionados instrumentos para fins de registro e aprovação, e determina a abertura de processo pelo SNDE, para as providências de sua competência que, entretanto, não foram definidas. Por outra parte, a ressalva:

“sem prejuízo das demais sanções legais, inclusive aquelas constantes do art. 11 da Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 2.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso”.

não faz sentido, porque as multas previstas nesse dispositivo são comináveis em hipóteses completamente estranhas à matéria das concentrações.

CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS NO MERCOSUL

A lei argentina não contém disposições especiais sobre a concentração de empresas, com efeitos estruturais sobre a concorrência, por motivos que GUILLERMO CABANELLAS (h.)⁶⁵ assim resume:

“tanto no Mercado Comum Europeu, como na Argentina, considerou-se que a estrutura de grande parte dos setores industriais conduzirá a um processo de concentração empresarial, motivado pela necessidade de obter economias de escala comparáveis com as obtidas por firmas que competem em mercados nacionais de grandes dimensões ou nos mercados internacionais. Por este motivo, não se julgou apropriado incluir uma restrição estrita sobre as condutas com efeitos estruturais sobre a concorrência, tendo em conta que se encontram, em geral, dirigidas à concentração das empresas existentes e à expansão de suas dimensões”.

Porém, há casos em que a concentração se inclui no âmbito de aplicação do art. 1.º da Lei n.º 22.262/80, e constitui ato ou conduta proibidos, seja como acordo entre empresas (concentração amigável) que restringe ou distorce a concorrência, seja como abuso de posição dominante (concentração agressiva). As regras de concorrência do Tratado de Roma, transpostas para a lei argentina, mostraram-se pouco adequadas para regular o impacto da concentração sobre a concorrência. Como foi dito, o Conselho da Comunidade Europeia criou um instrumento jurídico novo, sob a forma de regulamento, que possibilita o controle efetivo de todas as operações de concentração, em função de sua incidência sobre a estrutura de concorrência no mercado comum, e se tornou a única aplicável a estas concentrações.

65 Ob. cit., p. 595.

la posibilidad de substitución de los productos por los consumidores. En los casos de concentración, el poder de dominación debe ser apreciado no apenas en función de la posibilidad de selección de los consumidores o usuarios, como del peso financiero de las empresas en cuestión, de la estructura de los mercados visados, de la evolución de la oferta y de la demanda de los respectivos productos o servicios⁶³.

El abuso del poder de dominación del mercado, con el objetivo de eliminar la competencia, constituye acto o conducta contrarios a una prohibición legal. El art. 2.º de la Ley n.º 4.137/62, así como el art. 3.º de la Ley n.º 8.158/91, no se aplican a todo y cualquier acto o conducta que restrinjan la competencia, sino a los que se encuentran descritos en esos dispositivos. Uno de los elementos constitutivos implícitos de las prohibiciones en aprecio es que los efectos de los actos o conductas se produzcan en un determinado espacio económico (mercado relevante) en función de lo cual seapura la licitud del comportamiento de las empresas.

El criterio de determinación del mercado a considerar se refiere a la naturaleza económica de los bienes o servicios producidos u ofrecidos por la empresa en posición dominante, pues según JUAN IGNACIO FONT GALAN⁶⁴,

“no es lógico exigir que la empresa en posición de dominio ejerza su poder económico en todos los sectores industriales, comerciales o de servicios de la CEE. Este predominio sólo se requiere en relación al sector económico o mercado relevante formado por el tipo de bienes o servicios producidos u ofrecidos por tal empresa u otros de análoga naturaleza que puedan entrar en competencia en razón de su *substitutibilidad* por aquellas (*elasticidad cruzada de la demanda*)”.

La legislación brasileña sólo prevé el control de las concentraciones que tengan por fuente el acierto entre las empresas (ajustes, acuerdos o convenciones). Las concentraciones realizadas con abuso de posición dominante no están sujetas al control a *posteriori*, creado por el art. 34 de la Ley n.º 4.137/62.

Por otro lado, la sanción adecuada a la violación de los principios de competencia es la desconcentración, no prevista por el art. 3.º de la Ley n.º 4.137/62 (cesación de la práctica restrictiva, multa e intervención judicial en las empresas) o en el art. 7.º de la Ley n.º 8.185/91 (declaración de inidoneidad para fines de habilitación en licitaciones o contrataciones, inscripción en el Cadastro Nacional de Defensa del Consumidor, recomendación de que no sea concedido parcelamiento de tributos

63 Cf. J. SIMÕES PATRICIO, *Direito da Concorrência*, Lisboa, Gradiva, 1982, p. 89.

64 Ob. cit., p. 270.

O alcance limitado do art. 1.º da lei argentina fica mais reduzido, ainda porque as figuras do cartel e do monopólio estão relacionadas com o "interesse econômico geral". Adverte CABANELLAS⁶⁶:

"Uma das dificuldades que enfrenta qualquer regime regulador da concorrência é o fato de que nem todas as condutas lesivas são contrárias aos interesses econômicos da comunidade. O ato mediante o qual duas empresas fusionam-se pode diminuir a intensidade das forças competidoras num setor, mas pode, ao mesmo tempo, resultar em aumento significativo da sua produtividade, através das economias de escala que a nova empresa obtém, e da eliminação de despesas duplicadas de publicidade, pesquisa, etc. Um ramo produtivo em que exista capacidade excedente, insuscetível de ser adequadamente utilizada no futuro, pode reordenar-se com menor custo para as empresas que atuam nele e para a Comunidade, mediante a eliminação ordenada dessa capacidade excedente, em lugar de sucessivas guerras de preços entre os produtores do setor, com a seqüela da falência, flutuações na oferta e na demanda e custos sociais de vários tipos."

A Lei argentina n.º 22.262/80 possui características que a expõem ao fracasso, quais sejam: os atos ou condutas incluídos no art. 1.º como lesivos à concorrência ou por constituírem abuso de posição dominante, precisam prejudicar o interesse econômico geral para que os seus autores incorram em sanções. Os mesmos atos ou condutas adquirem caráter delituoso se constarem da enumeração do art. 41.

A legislação brasileira contrasta com a argentina, pois contém várias normas a respeito da concentração de empresas. A multiplicidade de disposições, tanto na Lei n.º 4.137/62 como na Lei n.º 8.158/91, e as questões de aplicação no tempo contribuem para reduzir a eficiência da disciplina das operações. Além disso, a concentração é vista umas vezes sob o aspecto do acordo entre empresas, outras do abuso de posição dominante. Acresce que o controle criado pelo art. 74 da Lei n.º 4.137/62, em sua redação atual, restringe-se às operações que tinham como fonte "ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas".

Conforme preveniu ENZO MOAVERA-MILANESI⁶⁷, quando a Comunidade Europeia elaborava o regulamento relativo ao controle das operações de concentração entre empresas, no âmbito de uma análise antitruste, em linha de princípio, a concentração

"não deveria ser acolhida na mesma ótica negativa dos acordos restritivos ou dos abusos de posição dominante. É necessário ter em conta os benefícios que freqüentemente as concentrações acar-

66 Ob. cit., p. 177.

67 Ob. cit., p. 544.

federales). La sanción de desconcentración puede ser inflingida exclusivamente en proceso de control de concentración, mediante ajuste, acuerdo o convención; exceptuados aquellos cuya eficacia dependa de condiciones suspensivas o ya tengan producido efectos delante terceros en general.

El art. 74, § 6.º, de la Ley n.º 4.137/62 (introducido por la Ley n.º 8.158/91) trata da falta de presentación de los mencionados instrumentos para fines de registro y aprobación, y determina la apertura de proceso por el SNDE, "para las providencias de su competencia" que, entretanto, no fueron definidas. Por otra parte, el resguardo:

"sin perjuicio de las demás sanciones legales, incluso aquellas constantes del art. 11 da Ley Delegada n.º 4, de 26 de septiembre de 1962, con la redacción que le fué dada por la Ley n.º 2.784, de 28 de junio de 1989, si fuere el caso",

no hace sentido, porque las multas previstas en ese dispositivo son cominables en hipótesis completamente extrañas a la materia de las concentraciones.

CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS EN MERCOSUR

La ley argentina no contiene disposiciones especiales sobre la concentración de empresas, con efectos estructurales sobre la competencia, que GUILLERMO CABANELLAS (h.)⁶⁵ así resume:

"Tanto en el Mercado Común Europeo, como en Argentina, se ha considerado que la estructura de gran parte de los sectores industriales ha de llevar a un proceso de concentración empresarial, motivado por la necesidad de lograr economías de escala comparables con las obtenidas por firmas que compiten en mercados nacionales de grandes dimensiones o en los mercados internacionales. Por tal motivo, no se ha reputado apropiado incluir una restricción estricta sobre las conductas con efectos estructurales sobre la competencia, teniendo en cuenta que se encuentran por lo general orientadas a la concentración de las empresas existentes y a la expansión de sus dimensiones."

Pero hay casos en que la concentración se incluye en el ámbito de aplicación del art. 1.º de la Ley n.º 22.262/80, y constituye acto o conducta prohibidos, sea como acuerdo entre empresas (concentración amigable) que restringe o distorciona la competencia, sea como abuso de posición dominante (concentración agresiva). Las reglas de competencia del Tratado de Roma, transpuestas para la ley argentina, se mostraron poco adecuadas para regular el impacto de la concentración sobre la competencia. Como fué dicho, el Consejo de la Comunidad Europea creó un instrumento ju-

65 Ob. cit., p. 595.

retam para a estrutura concorrencial do mercado e para o desenvolvimento da economia, mas, ao mesmo tempo, pode ser oportuno prover instrumentos idôneos de controle e de intervenção, a fim de evitar as implicações deturpadoras”.

No direito comunitário europeu coexistem as regras da concorrência do Tratado com as do regulamento do Conselho, e todas com as leis de defesa da concorrência dos Estados-Membros.

O Tratado de Assunção estipula que o Mercado Comum do Sul pressupõe a coordenação de políticas econômicas dos Estados-Membros, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre eles (art. 1.º). Determina que os Estados-Membros assegurem condições equitativas de comércio nas relações com terceiros países, apliquem suas legislações nacionais para inibir importações cujos preços sofrem a influência de subsídios, *dumping* e qualquer outra prática desleal, e, paralelamente, coordenem suas políticas nacionais

“com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial” (art. 4.º).

O Tratado Mercosul fica aquém do Tratado CEE, que, ao lado da implantação de pauta aduaneira comum, dispõe sobre a instituição de uma política comercial comum⁶⁸.

Durante o período de transição, antes, por conseguinte, da reunião extraordinária em que será determinada a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercosul, suas atribuições e sistema de tomada de decisões, os Estados-Membros estão obrigados a elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

Não encontramos motivo para essa antecipação. Seria preferível que as regras de concorrência, sobre as quais o Tratado de Assunção silenciou, emanassem do órgão do Mercosul investido do poder legislativo, pois não se trata de uniformizar leis nacionais, mas de estatuir normas para um espaço econômico único. Podemos aplicar a tais *normas comuns sobre concorrência* a observação de E. CEREXHE⁶⁹ a respeito das políticas comuns:

“são a manifestação mais real do abandono da soberania consentida pelos Estados-Membros em benefício das instituições comunitárias”.

⁶⁸ “Esta política, escreve MAURICE FLORY (ob. cit., p. 399), é definida e posta em execução pelos órgãos da Comunidade, e baseia-se em princípios uniformes de harmonia com os princípios do liberalismo econômico definidos pelo GATT: não-discriminação, redução pautais, interação regional”. No Mercosul não existem órgãos ou instituições de caráter comunitário, razão pela qual as políticas econômicas dos Estados-Membros são objeto de simples coordenação.

⁶⁹ *Los aspectos jurídico-económicos de la integración europea*, Integración latinoamericana, nº 174, p. 89.

rídico nuevo, bajo la forma de reglamento, que posibilita el control efectivo de todas las operaciones de concentración, en función de su incidencia sobre la estructura de competencia en el mercado común, y se tornó la única aplicable a estas concentraciones.

El alcance limitado del art. 1.º de la ley argentina fica más reducido, aún, porque las figuras del cartel y del monopolio están relacionadas con el *interés económico general*. Advierte CABANELLAS⁶⁶:

“Una de las dificultades que enfrenta cualquier régimen regulatorio de la competencia, es el hecho de que no todas las conductas lesivas son contrarias a los intereses económicos de la comunidad. El acto mediante el que dos empresas se fusionan puede disminuir la intensidad de las fuerzas competitivas en un sector, pero puede, al mismo tiempo, resultar en un aumento significativo en la productividad, a través de las economías de escala que experimente la nueva empresa, y de la eliminación de gastos duplicados de publicidad, investigación, etc. Una rama productiva en la que exista capacidad excedente no susceptible de ser utilizada adecuadamente en el futuro, puede reordenarse con un menor costo para las empresas que allí actúan y para la comunidad, mediante la eliminación ordenada de esa capacidad excedente, en lugar de a través de sucesivas guerras de precios entre los productores del sector, con la secuela de quiebras, fluctuaciones en la oferta y en la demanda y costos sociales de diversos tipos.”

La Ley argentina n.º 22.262/80 tiene características que la exponen al fracazo, cuales son: los actos o conductas incluidos en el art. 1.º como lesivos a la competencia o por constituir abuso de posición dominante, precisan perjudicar el interés económico general para que sus autores incurran en sanciones. Los mismos actos o conductas adquieren carácter delictuoso si constaren de la enumeración del art. 41.

La legislación brasileña contrasta con la argentina, pues contiene varias normas respecto a la concentración de empresas. La multiplicidad de disposiciones, tanto en la Ley n.º 4.137/62 como en la Ley n.º 8.158/91, y las cuestiones de aplicación en el tiempo contribuyen para reducir la eficiencia de la disciplina de las operaciones. Además de eso, la concentración es vista unas veces bajo el aspecto del acuerdo entre empresas, otras de abuso de posición dominante. El control creado por el art. 74 de la Ley n.º 4.137/62, en su redacción actual, se restringe a las operaciones que tengan como fuente

“ajustes, acuerdos o convenciones, manifestados bajo cualquier forma que puedan limitar o reducir la competencia entre empresas”.

⁶⁶ Ob. cit., p. 177.

DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA E CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES NO MERCOSUL

Os mercados comuns exigem regras, em matéria de práticas comerciais restritivas, que possam evitar o falseamento da concorrência no seu interior. Essas regras não excluem as disposições das leis nacionais existentes ou que os Estados-Membros consideraram necessário adotar. Porém, as regras de concorrência aplicáveis na área geográfica dos mercados comuns e as aplicáveis nos limites do território de cada um dos seus Estados-Membros devem ser compatíveis umas com as outras. Não se compreende que as atividades econômicas, no interior do mercado comum e no interior do mercado nacional, estejam sujeitas a regras inconciliáveis.

Não basta elaborar normas comuns sobre a defesa da concorrência. Os Estados-Membros de um mercado comum precisam adequar as suas leis nacionais a esse conjunto de normas aplicáveis no espaço sem fronteiras internas, constituído pela unificação dos seus territórios. Foi o que se verificou na Europa.

A exposição de motivos da lei espanhola, de 17 de julho de 1989, por exemplo, revela que

“assenta nos sólidos pilares da concorrência. Por uma parte se inspira nas normas comunitárias de política de concorrência, que desempenharam papel transcendental na criação e funcionamento do mercado comum. E, por outra parte, nasce com o propósito de superar os defeitos que frustraram a plena aplicação da Lei n.º 110/1963, de 20 de julho, de Repressão de Práticas Restritivas da Concorrência, que agora se derroga”.

A exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 260-E/81, expedida pelo Governo Português, informa que

“o processo de adesão à Comunidade Económica Europeia implica um natural esforço de adaptação das nossas estruturas às exigências do novo sistema económico. Todavia, essa adaptação deverá, tanto quanto possível, estabelecer-se por forma gradual, sob pena de perigosas rupturas no sistema instituído, de que o consumidor acabaria por ser a maior vítima”.⁷⁰

⁷⁰ A Lei n.º 1/72, de 24 de março, já “representa um ulterior sintoma da preocupação do Governo de Caetano de modernizar a estrutura económica do país, aproximando-o da Comunidade Económica Europeia, mais ainda porque a lei antitruste constitui um eloquente exemplo, por um lado, da crescente influência do modelo dos arts. 85 e 86 da CEE e da jurisprudência comunitária; por outro, da natureza de instrumento político económico da disciplina antimonopolística, destinada a preservar o tipo de economia de mercado constantemente reputado mais satisfatório que um anacrónico modelo de concorrência perfeita”. Piergaetano Marchetti, Política ed economia nella legge antitrust portoghese, *Rivista delle Società*, 1972, 3-4, p. 844.

Según previó ENZO MOAVERA-MILANESI⁶⁷, cuando la Comunidad Europea elaboraba el reglamento relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas, en el ámbito de una análisis antitrust, en línea de principio, la concentración

“no debería ser acogida en la misma ética negativa de los acuerdos restrictivos o de los abusos de posición dominante. Es necesario tener en cuenta los beneficios que frecuentemente las concentraciones acarrearán para la estructura competitiva del mercado y para el desarrollo de la economía, pero, al mismo tiempo, puede ser oportuno proveer instrumentos idóneos de control y de intervención, a fin de evitar las implicaciones deturpadoras”.

En el derecho comunitario europeo coexisten las reglas de la competencia del Tratado con las de reglamento del Consejo, y todas con las leyes de defensa de la competencia de los Estados Miembros.

El Tratado de Asunción estipula que el Mercado Común del Sur presupone la coordinación de políticas económicas de los Estados Miembros, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre ellos (art. 1.º). Determina que los Estados Miembros aseguren condiciones equitativas de comercio en las relaciones con terceros países, apliquen sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios sufran la influencia de subsidios, dumping y cualquier otra práctica desleal y, paralelamente, coordene sus políticas nacionales

“con el objetivo de elaborar normas comunes sobre competencia comercial” (art. 4.º).

El Tratado Mercosur queda aquende del Tratado CEE que, al lado de la implantación de pauta aduanera común, dispone sobre la institución de una política comercial común⁶⁸.

Durante el período de transición, antes, por consiguiente, de la reunión extraordinaria en que será determinada la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercosur, sus atribuciones y sistema de toma de decisiones, los Estados Miembros están obligados a elaborar normas comunes sobre competencia comercial.

No encontramos motivo para esa anticipación. Sería preferible que las reglas de competencia, sobre las cuales el Tratado de Asunción guarda

⁶⁷ Ob. cit., p. 544.

⁶⁸ “Esta política, escribe MAURICE FLORY (ob. cit., p. 399), es definida y puesta en ejecución por los órganos de la Comunidad, y se enbasa en principios uniformes, de armonía con los principios del liberalismo económico definido por el GATT: no discriminación, reducción pautais, interacción regional”. En Mercosur no existen órganos o instituciones de carácter comunitario, razón por la cual las políticas económicas de los Estados Miembros son objeto de simples coordinación.

A Lei n.º 1.243/86, de 1.º de dezembro de 1986, também adequou a lei francesa às regras de concorrência da Comunidade Européia.

Conforme proclama o Código aprovado pela Assembléa Geral das Nações Unidas em 1980, as práticas comerciais restritivas são capazes de impedir ou anular a realização dos benefícios a que deveria dar lugar a liberalização das barreiras alfandegárias e não alfandegárias que afetam o comércio, sobretudo nos mercados comuns, em que são eliminados os direitos alfandegários e as restrições não tarifárias à circulação de mercadorias, e qualquer outra medida de efeito equivalente, é fundamental regular a concorrência. Posteriormente as leis nacionais necessitam ser adaptadas às disposições relativas à concorrência entre empresas dos Estados-Membros.

A primeira preocupação deve ser com a elaboração de normas comuns sobre a concorrência a que se refere o artigo 4.º do Tratado de Assunção. Em nossa opinião, o conjunto de princípios e normas multilateralmente acordados para o controle das práticas comerciais restritivas conhecido como Código sobre práticas comerciais restritivas das Nações Unidas, não pode ser posto de lado, nem as disposições do Tratado constitutivo da Comunidade Européia e da Lei Sherman, em que se baseou.

Os comentários que fizemos às leis de defesa da concorrência vigentes na Argentina e no Brasil revelam discordâncias profundas entre elas, a começar pela marcante índole penal que caracteriza as primeiras, em correspondência com a tradição argentina, especialmente no tocante aos atos de monopólio. Não obstante, só uma parte das condutas lesivas para a concorrência, enquadradas no art. 1.º, constitui delito quando compreendidas no art. 41; a outra compõe-se de atos ilícitos, sob o ponto de vista da legislação civil.

Conforme frisa GUILLERMO CABANELLAS (h.)⁷¹, a lei de defesa da concorrência

“mantém o princípio geral, incluído nas principais legislações estrangeiras sobre a regulação da concorrência, relativo à proibição dos atos qualificáveis, de forma genérica, como lesivos à concorrência aos mercados ou como abuso de uma posição dominante”.

Por outro lado, como acontece nessas legislações,

“o fato de se preverem mecanismos que permitam atenuar os efeitos dessa proibição não implica em abandonar o princípio geral nela incluído”.

71. Ob. cit., p. 148.

silencio, emanasen del órgano del Mercosur investido del poder legislativo, pues no se trata de uniformizar leyes nacionales, pero de estatuir normas para un ámbito económico único. Podemos aplicar a tales “normas comunes sobre competencia” la observación de E. CEREXHE⁶⁹ respecto de las políticas comunes:

“son la manifestación más real del abandono de la soberanía consentida por los Estados Miembros en beneficio de las instituciones comunitarias”.

DISCIPLINA DE LA COMPETENCIA Y CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EN MERCOSUR

Los mercados comunes exigen reglas, en materia de prácticas comerciales restrictivas, que puedan evitar el falseamiento de la competencia en su interior. Esas reglas no excluyen ni las disposiciones nacionales existentes ni aquellas que nos Estados Miembros consideran necesario adoptar. Pero, las reglas de competencia aplicables en la área geográfica de los mercados comunes y las aplicables en los límites del territorio de cada uno de sus Estados Miembros deben ser compatibles unas con las otras. No se comprende que las actividades económicas, en el interior del mercado común y en el interior del mercado nacional, estan sujetas a reglas inconciliables.

No basta elaborar normas comunes sobre la defensa de la competencia. Los Estados Miembros de un mercado común precisan adecuar sus leyes nacionales a ese conjunto de normas aplicables en el espacio sin fronteras internas, constituido por la unificación de sus territorios. Fué lo que se verificó en Europa.

La exposición de motivos de la ley española, del 17 de julio de 1989, por ejemplo, revela que

“Fundada en sólidos pilares de la competencia. De una parte se inspira en las normas comunitarias de política de competencia, que desempeñaron papel transcendental en la creación y funcionamiento del mercado común. De otra parte, nace con el propósito de superar los defectos que frustraran la plena aplicación de la Ley 110/1963, del 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que ahora se deroga.”

La exposición de motivos del Decreto-Ley n.º 260-E/81, expedida por el Gobierno Portugués, informa que

“el proceso de adhesión a la Comunidad Económica Europea implica un esfuerzo natural de adaptación de nuestras estructuras

69 Los aspectos jurídico-económicos de la integración europea, Integración latinoamericana, nº 174, p. 89.

O referido autor dá três exemplos para ilustrar a afirmação:

“nos Estados Unidos, o principal elemento restritivo do princípio geral indicado no texto é ministrado pela denominada *regra da razão* ⁷². No Mercado Comum Europeu, o art. 85 do Tratado de Roma e o Reg. 17/62 do Conselho das Comunidades Europeias, entre outras disposições, prevêm exceções às proibições gerais mencionadas no texto. Sob a LDC, a proibição contida no art. 1.º encontra-se limitada pelos próprios elementos das figuras aí incluídas, pois estas requerem a existência de um possível prejuízo ao interesse econômico geral”.

Em matéria de concorrência, deve importar o prejuízo ao funcionamento do mercado. Quando se trata de mercado comum, que pressupõe a eliminação de todos os obstáculos ao movimento dos bens, pessoas, serviços e capitais, juntamente com a instauração de um regime em que a concorrência não seja falseada, o objeto da proteção jurídica é a liberdade de concorrência nesse espaço econômico resultante da integração de economias nacionais. Um segundo objeto, como o interesse econômico geral, limita a esfera de aplicação das regras de concorrência. Além disso, a discricionariedade na avaliação do prejuízo das condutas consideradas para o interesse econômico geral produz insegurança. Depois da justiça, como valor jurídico fundamental, vem a segurança, tanto de orientação como de realização das disposições legais.

No ensinamento de EDUARDO GARCÍA MAYNES ⁷³:

“Cabe falar de *segurança de orientação* ou *certeza da ordem*, se os destinatários de um sistema jurídico estão em condições de adquirir um conhecimento adequado das normas vigentes, o que lhes permite *orientar* o seu comportamento de acordo com elas. Não se realiza esta exigência quando o legislador deixa aos funcionários administrativos uma margem de discricionariedade demasiado grande, de maneira que não é possível conjeturar que decisão adotarão em cada caso, ou quando se acumulam demasiadas prescrições, pelo que ninguém sabe a que se ater. Falta segurança de orientação, da mesma forma, quando os preceitos reguladores de casos de igual espécie são modificados com tanta rapidez que os cidadãos não têm tempo para conhecê-los bem, e, portanto, não podem determinar a forma precisa que há de reger a sua conduta.”

Quanto à legislação brasileira, as nossas observações conduzem à conclusão de que também não realiza o valor jurídico fundamental da segurança de orientação. Esta, segundo o supracitado autor, “obtem-se

⁷² Abrandamento das proibições legais atendendo aos seus fins.

⁷³ Diálogos Jurídicos, Porrúa, México, 1978, p. 389.

a las exigencias del nuevo sistema económico. Sin embargo, esa adaptación deberá, en la medida de lo posible, establecerse de manera gradual, bajo pena de peligrosas rupturas en el sistema instituido, del cual el consumidor acabaría por ser la mayor víctima” ⁷⁰.

La Ley n.º 86-1243, del 1.º de diciembre de 1986, también adecuó la ley francesa a las reglas de competencia de la Comunidad Europea.

Según proclama el Código aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1980, las prácticas comerciales restrictivas son capaces de impedir o anular la realización de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras aduaneras y no aduaneras que afectan el comercio, sobretudo en los mercados comunes, en que son eliminados los derechos aduaneros y las restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías y cualquier otra medida de efecto equivalente, es fundamental reglamentar la competencia. Posteriormente las leyes nacionales necesitan ser adaptadas a las disposiciones relativas a la competencia entre empresas de los Estados Miembros.

La primera preocupación debe ser la elaboración de normas comunes sobre la competencia a que se refiere el artículo 4.º del Tratado de Asunción. En nuestra opinión, el conjunto de principios y normas multilateralmente acordados para el control de las prácticas comerciales restrictivas conocido como Código sobre prácticas comerciales restrictivas de las Naciones Unidas, no puede ser puesto de lado, ni las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y de la Ley Sherman, en que este último se basó.

Los comentarios que hemos hecho a las leyes de defensa de la competencia vigentes en Argentina y en Brasil revelan discordancias profundas entre ellas, a comenzar por la marcante índole penal que caracteriza las primeras, en concordancia con la tradición argentina, especialmente en la tocante a los actos de monopolio. No obstante, sólo una parte de las conductas lesivas de la competencia, encuadradas en el art. 1.º, constituye delito cuando están comprendidas en el art. 41; la otra se compone de actos ilícitos, bajo el punto de vista de la legislación civil.

⁷⁰ La Ley n.º 1/72, del 24 de marzo, ya “representa un síntoma ulterior de la preocupación de Gobierno de Caetano en modernizar la estructura económica del país, aproximándola de la Comunidad Económica Europea, más aún porque la ley antitrust constituye un elocuente ejemplo, por un lado de la creciente influencia del modelo de los arts. 85 y 86 de la CEE y de la jurisprudencia comunitaria; por otro, de la naturaleza de instrumento político económico de la disciplina antimonopolística, destinada a preservar el tipo de economía de mercado constantemente considerado más satisfactorio que un anacrónico modelo de competencia perfecta”, PIERGAETANO MARCHETTI, Política ed economía en ella legge antitrust portoghese, Rivista delle Società, 1972, 3-4, p. 844).

graças ao emprego de diversos meios. No plano da atividade legislativa o mais importante consiste na certeza, precisão e congruência das prescrições legais". Nenhuma dessas qualidades pode ser atribuída aos textos legais que tratam da repressão ao abuso do poder econômico.

Nessas condições, os responsáveis pela elaboração de *normas comuns sobre concorrência comercial* terão que orientar-se por padrões legais que provaram ser eficazes no controle das práticas restritivas, quais sejam, o norte-americano e o comunitário europeu. Numa etapa posterior, as legislações nacionais precisarão adaptar-se às normas antitrustes do Mercosul, sem prejuízo de diferenças que poderão substituir entre elas.

Ao ser constituído definitivamente o Mercosul, haverá dois países, pelo menos, que disporão de leis em matéria de concorrência (a Argentina e o Brasil) cujas diferenças essenciais procuramos demonstrar. Reconhece JOÃO MOTA CAMPOS⁷⁴ que

"teria certamente sido difícil conseguir que os Estados da Comunidade aceitassem a substituição das respectivas leis nacionais por um direito comunitário uniforme, aplicável tanto no respectivo território (a situações puramente internas) como nas relações intercomunitárias".

"A solução adotada foi a de coexistência do direito comunitário e dos direitos nacionais da concorrência, cada um aplicável no seu próprio domínio."

O artigo 4.º do Tratado de Assunção impõe a elaboração de *normas comuns sobre concorrência comercial*, e não de lei uniforme que os Estados-Partes se obrigariam a introduzir nos seus respectivos territórios. No direito comunitário europeu, as regras de concorrência do Tratado de Roma aplicam-se à generalidade das mercadorias e serviços, com relação às condutas das empresas que são suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e aos auxílios por estes concedidos que falseiam ou ameaçam falsear a concorrência. Conforme o esclarecimento do mencionado autor,

"o direito comunitário da concorrência intervém sempre que um acordo interesse direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, às trocas entre Estados; quando não aconteça, e a lei e às autoridades nacionais que compete ocupar-se das práticas restritivas da livre concorrência, cujos efeitos se manifestam exclusivamente no âmbito interno".

Desse modo, o efeito territorial das práticas restritivas serve de base para a aplicação das regras comunitárias. Este critério, acrescenta o referido tratadista,

⁷⁴ Ob. cit., vol. III, p. 429.

Según señala GUILLERMO CABANELLAS (h.)⁷¹ la ley de defensa de la competencia

"mantiene el principio general, incluido en las principales legislaciones extranjeras sobre la reglamentación de la competencia referente a la prohibición de los actos calificables, de forma genérica, como lesivos a la competencia a los mercados o como abuso de una posición dominante".

Por otra parte, como ocurre en esas legislaciones,

"el hecho de se prevean mecanismos que permitan atenuar los efectos de esa prohibición no implica el abandono del principio general en ella incluido".

El referido autor dá tres ejemplos para ilustrar la afirmación:

"en los Estados Unidos el principal elemento restrictivo del principio general indicado en el texto es representado por la denominada *regla de la razón*⁷². En el Mercado Común Europeo, el art. 85 del Tratado de Roma y el Reg. 17/62 del Consejo de las Comunidades Europeas, entre otras disposiciones, prevén excepciones a las prohibiciones generales mencionadas en el texto. Sobre la L.D.C., la prohibición contenida en el art. 1.º se encuentra limitada por los propios elementos de las figuras ahí incluidas, pues estas requieren la existencia de un posible perjuicio al interés económico general".

En materia de competencia, lo que importa es el perjuicio al funcionamiento del mercado. Cuando se trata de mercado común, que presupone la eliminación de todos los obstáculos al movimiento de los bienes, personas, servicios y capitales, junto con la instauración de un régimen en que la competencia no sea falseada, el objeto de la protección jurídica es la libertad de competencia en ese espacio económico resultante de la integración de economías nacionales. Un segundo objeto, como el interés económico general, limita la esfera de aplicación de las reglas de competencia. Además de eso, la discrecionalidad en la evaluación del perjuicio de las conductas consideradas para el interés económico general produce inseguridad. Después de la justicia, como valor jurídico fundamental, viene la seguridad, tanto de orientación como de realización de las disposiciones legales.

Como nos enseñó EDUARDO GARCIA MAYNES⁷³,

"Cabe hablar de *seguridad de orientación* o *certeza del orden*, si los destinatarios de un sistema jurídico están en condiciones

⁷¹ Ob. cit., p. 148.

⁷² Abandamiento de las prohibiciones legales atendiendo a sus fines.

⁷³ Diálogos Jurídicos, Porrúa, México, 1978, p. 389.

“leva a admitir que uma prática restritiva da concorrência cai sob a alçada do direito comunitário, mesmo que todas as empresas que nela participam tenham a sua sede no exterior da Comunidade, sempre que o seu efeito concorrencial se produza no território comunitário e, cumulativamente, afete o comércio entre Estados (isto é, não afete apenas as trocas no interior de um deles)”.

Muitas vezes os efeitos prejudiciais do acordo entre empresas ou do abuso de posição dominante não se circunscrevem ao interior de um Estado da Comunidade, mas se estendem ao espaço do mercado comum. Pode suceder, então, que existam normas nacionais aplicáveis às mesmas atividades que afetam a concorrência.

Acerca das relações entre as regras comuns de concorrência e as leis nacionais há necessidade de determinar em que medida as autoridades dos Estados-Membros serão competentes para aplicar as leis dos respectivos países sobre cartéis e monopólios. No direito comunitário europeu opõe-se duas teorias: a da barreira única e a da barreira dupla. Fundada na preemência do direito comunitário sobre os direitos nacionais, a primeira tese defende a aplicação exclusiva das regras de concorrência do Tratado constitutivo da Comunidade Europeia, que prosíbem os acordos entre empresas e abusos de posição dominante suscetíveis de prejudicar o comércio intracomunitário. A segunda tese sustenta a aplicação concorrente das regras comunitárias e das nacionais quando as práticas comerciais restritivas se encontram previstas em ambas.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia admite que a mesma colusão seja objeto de dois processos paralelos — um perante a autoridade comunitária e outro perante a autoridade nacional — e de cumulação de sanções. A possibilidade de aplicação concorrente das normas comunitárias e internas dos Estados-Membros a condutas anticoncorrenciais da mesma natureza, leva à definição das relações entre as diversas ordens jurídicas, com a reserva de que a dupla barreira nunca deve causar prejuízo à aplicação uniforme das disposições comunitárias em todo o mercado comum.

Com respeito ao controle da concentração de empresas, o Tratado CEE abstém-se de sujeitar a criação de posição dominante a prévia autorização da autoridade. Contudo, os acordos entre empresas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum limitam a concorrência quando conduzem à criação de uma posição dominante no mercado. Assim sendo, a defesa do regime comunitário da concorrência impõe o controle, com fundamento na disposição do art. 85 do Tratado CEE. Por outro lado, o art. 86 veda a exploração abusiva de posição dominante no mercado ou numa parte substancial dele. Nessas condições, cabe a aplicação deste outro dispo-

de adquirir un conocimiento adecuado de las normas en vigor, o que les permite *orientar* su comportamiento de acuerdo con ellas. No se realiza esta exigencia cuando el legislador deja a los funcionarios administrativos una margen de discrecionalidad demasiado grande, de manera que no es posible conjeturar que decisión adoptarán en cada caso, o cuando se acumulan demasiadas prescripciones, por lo que nadie sabe a que se atener. Falta seguridad de orientación, de la misma forma, cuando los preceptos reguladores de casos de igual especie son modificados con tanta rapidez que los ciudadanos no tienen tiempo para conocerlos bien, y, por tanto, no pueden determinar la forma precisa que hay de regir su conducta.”

En cuanto a la legislación brasileña, nuestras observaciones conducen a la conclusión de que también no realiza el valor jurídico fundamental de la seguridad de orientación. Esta, según el citado autor, “se obtiene por el uso de diversos medios. En el ámbito de la actividad legislativa o más importante consiste en la certeza, precisión y congruencia de las prescripciones legales”. Ninguna de esas cualidades puede ser atribuida a los textos legales que tratan de la represión al abuso del poder económico.

En esas condiciones, los responsables por la elaboración de “normas comunes sobre competencia comercial” tendrán que orientarse por modelos legales que probaron ser eficaces en el control de las prácticas restrictivas, como son el norteamericano y el comunitario europeo. En una etapa posterior, las legislaciones nacionales precisarán adaptarse a las normas anti-trust del Mercosur, sin perjuicio de diferencias que podrán subsistir entre ellas.

A ser constituido definitivamente el Mercosur, habrá dos países, por lo menos, que dispondrán de leyes en materia de competencia (Argentina y Brasil) cuyas diferencias esenciales procuramos demostrar. Reconoce JOÃO MOTA CAMPOS⁷⁴ que

“habría sido ciertamente difícil conseguir que los Estados de la Comunidad aceptasen la substitución de las respectivas leyes nacionales por un derecho comunitario uniforme, aplicable tanto en el respectivo territorio (a situaciones puramente internas) como en las relaciones intercomunitarias.

La solución adoptada fué la de coexistencia del derecho comunitario y de los derechos nacionales de la competencia, cada uno aplicable en su propio dominio”.

El artículo 4.º del Tratado de Asunción impone la elaboración de “normas comunes sobre competencia comercial”, y no de ley uniforme

⁷⁴ Ob. cit., vol. III, p. 429.

sitivo se uma empresa que detém posição dominante no mercado a reforça mediante operações de concentração que lhe permitem eliminar ou restringir a concorrência. Por isso, acabou sendo adotado o regulamento do Conselho sobre o controle das concentrações na Comunidade Européia.

As principais legislações sobre práticas restritivas da concorrência se dividem em duas categorias, como o faz o direito norte-americano. Numa, se encontram os cartéis, de que participam empresas ou associações de empresas; na outra, os monopólios. Os cartéis se formam por acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas. Os monopólios se estabelecem quando uma empresa isolada ou um grupo de empresas controla a produção ou a distribuição num mercado, a ponto de evitar que outras empresas nele ingressem ou consigam expandir-se.

A posição dominante é uma noção relativa, posto que o poder da empresa ou do grupo de empresas se avalia em função de um mercado, de acordo com a substituíbilidade dos produtos ou serviços para a clientela que o compõe.

Supõe-se que as normas comuns sobre concorrência comercial no Mercosul se limitem os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concernentes que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, bem como a exploração abusiva de uma posição dominante no seu interior, que também seja suscetível de afetar o comércio intracomunitário. Se for assim, na omissão de disposição expressa sobre a concentração de empresas⁷⁵, seriam aplicáveis as normas proibitórias dos acordos entre empresas e dos abusos de posições dominantes, especialmente estas últimas. Não se adaptando, em toda a sua extensão, às concentrações entre empresas, mediante fusão ou tomada de controle de outras empresas, essas operações terão que ser objeto de regulamentação posterior.

⁷⁵ O exemplo da Comunidade Européia, na disciplina da concorrência e no controle das concentrações por atos distintos, inclusive sob o aspecto hierárquico (regras do Tratado de Roma e Regulamento nº 4.064/89, do Conselho), é digno de ser seguido. Não convém definir o controle das concentrações antes que Estados-Membros façam observações e prestem informações necessárias à elaboração de normas que permitam o controle eficaz das operações que se revelem incompatíveis com o regime de concorrência previsto nas normas comuns.

que los Estados Partes se obligarían a introducir en sus respectivos territorios. En el derecho comunitario europeo, las reglas de competencia del Tratado de Roma se aplican a la generalidad de las mercancías y servicios, en relación con las conductas de las empresas que son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros y con los auxilios concedidos por estos que falsean o amenazen falsear la competencia. Según lo aclara el mencionado autor,

“el derecho comunitario de la competencia interviene siempre que un acuerdo interesa directa o indirectamente, actual o potencialmente, a los intercambios entre Estados; cuando no acontece esto, es a la ley y a las autoridades nacionales que compete ocuparse de las prácticas restrictivas de la libre competencia, cuyos efectos se manifiestan exclusivamente en el ámbito interno”.

De ese modo, el efecto territorial de las prácticas restrictivas sirve de base para la aplicación de las reglas comunitarias. Este criterio, como lo señala el referido tratadista,

“Ileva a admitir que una práctica restrictiva de la competencia cae bajo el alcance del derecho comunitario, aún cuando todas las empresas que en ella participen tengan su sede en el exterior de la Comunidad, siempre que su efecto competitivo se produzca en el territorio comunitario y, cumulativamente, afecte el comercio entre Estados (esto es, no afecte apenas los intercambios en el interior de uno de ellos).”

Muchas veces los efectos perjudiciales del acuerdo entre empresas o del abuso de posición dominante no se circunscriben al interior de un Estado de la Comunidad, pero se extienden al espacio del mercado común. Puede suceder, entonces, que existan normas nacionales aplicables a las mismas actividades que afectan la competencia.

Acerca de las relaciones entre las reglas comunes de competencia y las leyes nacionales hay necesidad de determinar en que medida las autoridades de los Estados Miembros serán competentes para aplicar las leyes de los respectivos países sobre carteles y monopolios. En el derecho comunitario europeo se oponen dos teorías: la de la barrera única y la de la barrera dupla. Fundada en la supremacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales, la primera tesis defiende la aplicación exclusiva de las reglas de competencia del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que prohíben los acuerdos entre empresas y los abusos de posición dominante susceptibles de perjudicar el comercio intracomunitario. La segunda tesis sustenta la aplicación concurrente de las reglas comunitarias y de las nacionales cuando las prácticas comerciales restrictivas se encuentran previstas en ambas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea admite que la misma conducta sea objeto de dos procesos paralelos — un delante la autoridad comunitaria y otro delante la autoridad nacional — y de acumulación de sanciones. La posibilidad de aplicación concurrente de las normas comunitarias e internas de los Estados Miembros a conductas anticompetitivas de misma naturaleza lleva a la definición de las relaciones entre los diversos órdenes jurídicos; con la reserva de que la doble barrera nunca debe causar perjuicio a la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias en todo el mercado común.

Respecto al control de la concentración de empresas, el Tratado CEE se abstiene de sujetar la creación de posición dominante a previa autorización de la autoridad. Sin embargo, los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado común limitan la competencia cuando conducen a la creación de una posición dominante en el mercado. Siendo así, la defensa del régimen comunitario de la competencia impone el control, con fundamento en la disposición del art. 85 del Tratado CEE. Por otra parte, el art. 86 prohíbe la explotación abusiva de posición dominante en el mercado o en una parte substancial de él. En esas condiciones, cabe la aplicación de éste otro dispositivo si una empresa que detiene posición dominante en el mercado la refuerza mediante operaciones de concentración que le permiten eliminar o restringir la competencia. Por eso, acabó siendo adoptado el reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones en la Comunidad Europea.

Las principales legislaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia dividen estas en dos categorías, como lo hace el derecho norteamericano: En una se encuentran los cárteles, de que participan empresas o asociaciones de empresas; en otra los monopolios. Los carteles se forman por acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas. Los monopolios se establecen cuando una empresa aislada o un grupo de empresas controla la producción o la distribución en un mercado, a punto de evitar que otras empresas ingresen en él o consigan expandirse.

La posición dominante es una noción relativa, puesto que el poder de la empresa o del grupo de empresas se evalúa en función de un mercado, de acuerdo con la posibilidad de sustitución de los productos o servicios para la clientela que le compone.

Se supone que las normas comunes sobre competencia comercial en Mercosur se limiten a los acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresas y prácticas concernientes que sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros y tengan por objetivo o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado común, así como la explotación abusiva de una posición dominante en su interior,

que también sea susceptible de afectar el comercio intracomunitario. Si fuera así, en la omisión de disposición expresa sobre la concentración de empresas⁷⁵ serían aplicables las normas prohibitorias de los acuerdos entre empresas y de los abusos de posiciones dominantes, especialmente estas últimas. Esas operaciones tendrán que ser objeto de reglamentación posterior, en la medida en que no se adapten, en toda su extensión, a las concentraciones entre empresas, mediante fusión o tomada de control de otras empresas.

⁷⁵ El ejemplo de la Comunidad Europea en la disciplina de la competencia y en el control de las concentraciones por actos distintos, incluso bajo el aspecto jerárquico (reglas del Tratado de Roma y Reglamento nº 4.064/89, del Consejo), es digno de ser seguido. No conviene definir el control de las concentraciones antes que Estados Miembros hagan observaciones y presten informaciones necesarias a la elaboración de normas que permitan el control eficaz de las operaciones que se revelen incompatibles con el régimen de competencia previsto en las normas comunes.