

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A jurisprudência
norte-americana e europeia
sobre os acordos horizontais e
verticais: substrato para análise
da matéria no Brasil**

Daniel Amin Ferraz

VOLUME 10 • N. 1 • 2013
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

Sumário

CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL	1
Julia Motte-Baumvol e Alice Rocha da Silva	
BRAZILIAN TRADE POLICY IN HISTORICAL PERSPECTIVE: CONSTANT FEATURES, ERRATIC BEHAVIOR. ..	11
Paulo Roberto de Almeida	
ASPECTOS GEOPOLÍTICOS DO GATT E DA OMC	28
José Fontoura Costa	
A REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS SUBSÍDIOS AGRÍCOLAS: A CONTEMPORANEIDADE DO PARADIGMA REALISTA PARA A COMPREENSÃO DO SISTEMA DE COMÉRCIO AGRÍCOLA INTERNACIONAL VIGENTE	43
Natália Fernanda Gomes	
ACORDO TRIPS: ONE-SIZE-FITS-ALL?	57
Tatianna Mello Pereira da Silva	
É INTERESSANTE PARA O BRASIL ADERIR AO ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC?	72
Clarissa Chagas Sanches Monassa e Aubrey de Oliveira Leonelli	
A DEFESA COMERCIAL E A RESTRIÇÃO DA LIBERALIZAÇÃO E DA INTEGRAÇÃO COMERCIAL PELO AUMENTO DA ALÍQUOTA DE IPI DE VEÍCULOS IMPORTADOS NO BRASIL	86
Ricardo Serrano Osorio e Clayton Couto	
A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	97
Vinicius Marques de Carvalho e Paulo Burnier da Silveira	
OS ACORDOS DE COMÉRCIO PARA ALÉM DAS PREFERÊNCIAS: UMA ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO SOBRE OS “NOVOS TEMAS”	105
Michelle Ratton Sanchez Badin e Lucas da Silva Taschetto	
INTEGRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCOSUL: OPINIÕES CONSULTIVAS E A DEMOCRATIZAÇÃO NO ACESSO AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO	128
Eduardo Biachi Gomes	
“FUNDOS ABUTRES” VS. ESTADOS NACIONAIS: SOBERANIA E ATUAÇÃO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR A PARTIR DO CASO DA FRAGATA LIBERTAD	138
Alexandre Pereira da Silva e Mariana Yante Barrêto Pereira	
INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: O PADRÃO DE TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO E O PAPEL DA BOA-FÉ	154

Fernando Santos Arenhart

**A EMERGÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO FERRAMENTA DE REGULAÇÃO TRANS-
NACIONAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO 171**

Andréa Rocha Postiga

**IS INVESTMENT ARBITRATION AN APPROPRIATE VENUE FOR ENVIRONMENTAL ISSUES? A LATIN AME-
RICAN PERSPECTIVE. 195**

Nitish Monebhurrn

**A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DE
INTERNACIONALIDADE CONTRATUAL 208**

Frederico E. Z. Glitz

**IMPACTO E INFLUÊNCIA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE A LEI BRASILEIRA
DE ARBITRAGEM 219**

Jamile Bergamaschine Mata Diz e Clarissa Correa Neto Ribeiro

**A JURISPRUDÊNCIA NORTEAMERICANA E EUROPEIA SOBRE OS ACORDOS HORIZONTAIS E VERTICAIS:
SUBSTRATO PARA ANÁLISE DA MATÉRIA NO BRASIL..... 232**

Daniel Amin Ferraz

A jurisprudência norteamericana e europeia sobre os acordos horizontais e verticais: substrato para análise da matéria no Brasil*

Daniel Amin Ferraz¹

RESUMO

A aproximação entre empresas, para a constituição de instrumentos de concentração ou de cooperação empresarial é, hoje em dia, elemento essencial para o desenvolvimento da atividade produtiva. Todavia, o direito *anti-trust* pretende regular tais ações, já que as mesmas poderão gerar dominação de mercado, com a extinção da concorrência. A regulação da livre concorrência no mercado é disciplinada nos mais distintos sistemas normativos. Assim, entre outros, cabe destacar o *Sherman Act*, de 1890 (EUA) que regulamenta a matéria ou o TFUE, que regula a mesma em seu art. 101. Estes dois sistemas jurídicos são referenciais, na medida em que são o primeiro que regulamentou a matéria (EUA) ou o que é qualificado como o sistema mais atual e efetivo de controle da concentração empresarial (UE). Finalmente, importa sublinhar a jurisprudência destes dois sistemas, buscando uma análise da efetividade da normativa jurídica quanto à matéria.

Palavras chave: Instrumentos de concentração. Cooperação Empresarial. Direito *anti-trust*. Concorrência. *Sherman Act*. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

ABSTRACT

The approach between firms for the creation of concentration instruments or business cooperation is, nowadays, an essential element for the development of productive activity. However, antitrust law seeks to regulate such actions, considering that these actions can generate market domination, with the extinction of competition in it. The regulation of competition in the market is disciplined in the most diverse regulatory systems. Thus, among others acts, it must be detach the Sherman Act of 1890 (USA) which regulates the subject or the TFEU which regulates the same matter in its article 101. These two legal systems are references even if the first regulates the matter (USA) or it has a current system more effective control about business concentration (EU). Finally, it is important to highlight the case of these two systems for analyzing the effectiveness of the legal rules in this area.

Keywords: Concentration instruments. Business cooperation. Antitrust law. Competition. Sherman Act. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

¹ Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor em Direito Empresarial Internacional pela Universitat de València, Espanha; Professor do Mestrado/Doutorado do UniCeub – Centro Universitário de Brasília; Advogado, titular de *Amin, Ferraz Coelho Advogados*. daniel.amin@afcadvogados.adv.br

* Recebido em 10/05/2013

Aprovado em 21/05/2013

1. APROXIMAÇÃO DA MATÉRIA

Hoje em dia a associação entre empresas é elemento essencial para o desenvolvimento da atividade produtiva.

“El tema de nuestro tiempo en el Derecho mercantil es la asociación. Asociación cuando el esfuerzo individual y aislado es insuficiente para la lucha con la competencia. Asociación también de las empresas sociales que confluyen en más amplios organismos en los que el primitivo substrato personal a través de una sucesiva superposición de organizaciones colectivas”².

Geralmente, a concentração empresarial pretende viabilizar a reprodução de condições oligopolísticas no mercado³. Assim, a mesma é, tradicionalmente, regulada pelas legislações *anti-trust*. O fundamento de tal controle está em que a concentração permite que os partícipes disfrutem de uma posição de indiferença e independência com relação aos demais agentes econômicos⁴. Em si mesmo seria um comportamento de não-concorrência, ou de suspensão temporal desta por parte das empresas atuantes no mercado. Muitas vezes o sistema de controle não funciona, possibilitando a constituição de verdadeiros blocos privados que estarão à margem da regulação estatal.

“El colapso de Enron nos muestra el fallo regulatorio, el fallo de los mecanismos jurídico-públicos que están previstos en el sistema de regulación y supervisión del mercado para garantizar la satisfacción del interés general presente en el mercado; el interés tanto de la sociedad como de los sujetos del mercado por el funcionamiento eficiente y justo del mismo”⁵.

A concentração empresarial pode supor a manuten-

² GARRIGUES, J. Teoría general de las sociedades mercantiles, RDM. Madrid, 1973, p. 7 e ss.

³ O oligopólio está constituído mediante uma das seguintes formas. a) industrial ou tecnológico – com a finalidade de constituição de economia de escala e aquisição de novas tecnologias; b) estrutural – quando presente uma forte integração entre as atividades de produção, distribuição e atividades de financiamento; c) normativo – quando sua constituição seja determinada por uma norma legal, que imponha determinados requisitos; d) cultural – quando presente no campo da elaboração ou difusão de informação; e) estratégico – possibilita a prática de preços predatórios com relação a competência. Nesse sentido veja: VEDOVE, Giampaolo Dalle. *Concentración e gruppi nel diritto antitrust*. Cedam, Padova, 1999, p. 83 e ss.

⁴ PARDOLESI, Roberto: Intese restrittive della Libertà di Concorrenza, em *Diritto Antitrust Italiano*. Zanichelli, Bologna, 1993, p. 146.

⁵ BETANCOR, Andrés. Enron, liberalización, nueva economía, em *Política Exterior*. Vol XVI, Marzo/Abril 2002, Num. 86, Madrid, 2002, p. 69 y ss.

ção da autonomia jurídica dos partícipes, mas, geralmente, não supõe sua autonomia econômica⁶.

A disciplina dos acordos restritivos da concorrência é comum a muitos ordenamentos jurídicos. Assim, entre outros cabe destacar o *Sherman Act*, de 1890 (EUA) que regulamenta a matéria em seu art. 1º ou; o TFUE (Tratado de Funcionamento da União Européia), que regula a matéria em seu ar. 101, 1⁷. Finalmente, o TCE, que regula a mesma em seu art. 81, parágrafo 1º.

“El legislador comunitario apreció, ya en el momento en el que planteó el problema de la concentración entre empresas en el *memorandum* de 1965, la diferencia entre la concentración económica y la existencia de operaciones económicas que se encuentran en línea divisoria entre la concentración y la cooperación, porque poseen características propias de ambas, llevó al Consejo a incluir en el Reglamento 4064/89 su regulación. En el apartado 2 del artículo 3 se establece que las operaciones que tengan por objeto o como efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que se mantienen independientes no constituyen una concentración, aunque consistan en una empresa común”⁸.

Contudo, os acordos praticados entre empresas poderiam ser classificados em dois grandes grupos: acordos horizontais e acordos verticais.

2. ACORDOS HORIZONTAIS E ACORDOS VERTICAIS

Os *acordos horizontais* são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material). Estarão, assim, em direta relação de concorrência.

Por sua vez, os acordos verticais regulamentam relações entre agentes que desenvolvem suas atividades em diversos mercados relevantes, muitas vezes complementares. Estaríamos diante de um acordo que procuraria a integração das esferas produtivas, desde a extração da

⁶ SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; y, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Livraria Almedina, 2ª Ed., Coimbra, 1995, p. 318.

⁷ Publicado no Jornal Oficial da União Européia de 30 de março de 2010 – atualizado pelo Tratado de Lisboa.

⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 221 e ss.

matéria-prima até a comercialização do produto final. Assim, *v.g.*, um acordo entre o produtor de frango, o beneficiador dos mesmos e o distribuidor será um acordo vertical⁹.

A distinção entre os tipos de acordos não é simplesmente didática, mas sim resulta em efeitos distintos para a concorrência.

Assim, os *acordos horizontais* neutralizam a concorrência entre os agentes que atuam diretamente em um mesmo mercado relevante. Por sua vez, os *acordos verticais* podem produzir efeitos anticompetitivos em três mercados relevantes (abastecimento de matéria-prima; mercado de produção; e mercado de distribuição).

Finalmente, importa referir a existência de uma multiplicidade de acordos horizontais e verticais. Ademais, a realização da prova dos mesmos acordos é, na maioria das vezes, de difícil produção.

“En la práctica, la mayoría de los acuerdos entre operadores económicos que se denuncian como contrarios a la libre competencia se realizan de forma verbal o, en caso de estar establecido por escrito, se mantienen en secreto, por lo que serán las conductas que como consecuencia de su adopción se sigan y los efectos que las mismas causen en el mercado, las que pondrán en evidencia su existencia. En otros términos, dado que para probar los acuerdos colusorios y anticompetitivos es muy poco frecuente contar con medios de prueba tales como documentos, testigos y, menos aún, con la confesión de los acusados, es necesario recurrir a la prueba de las presunciones”¹⁰.

2.1. Acordos horizontais – o cartel

O processo de expansão da empresa é mais difícil no mercado onde existe uma efetiva concorrência por disputa da clientela. A concorrência obriga os empresários à busca constante de melhoria em seus produtos, assim como a realização de investimentos em pesquisa para a diminuição do preço final¹¹. É natural, portanto, que os agentes busquem a supremacia no mercado. Desta for-

ma, dominam o mercado e desfrutam de vantagens proporcionadas por um possível monopólio, distanciando a concorrência que tanto prejudica seus interesses¹².

O agente econômico buscará a neutralização da concorrência mediante os seguintes atos:

1. Conquista de posição monopolística; ou
2. Realização de acordos (para regulamentar a força concorrencial dos partícipes)¹³. Tanto no cartel como no consórcio entre empresas (*joint venture*) a característica essencial será a regulação recíproca da concorrência entre os partícipes¹⁴.

Os cartéis, entendidos como acordos celebrados entre empresas que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico ou material), buscam a neutralização da concorrência existente entre seus partícipes. Em tal prática restritiva da concorrência, os empresários agrupados mantem sua independência jurídica e econômica, e pretendem eliminar ou diminuir a concorrência em um determinado setor, constituindo um oligopólio.

Ainda que seja uma organização durável, o cartel constitui uma aliança com fins determinados. Assim, os partícipes acordam vender mercadorias concorrentes por um mesmo preço, restringindo a busca pela captação da clientela. Igualmente, as empresas concorrentes podem pactuar a redução da produção de um produto determinado, gerando uma oferta menor e aumento do preço de mercado. Ou, até mesmo, limitar ou dividir zonas de influência para evitar o encarecimento da logística, assegurando a satisfação da clientela.

Além destas formas simples de cartel para a limitação dos preços de produção e aumento do preço de mercado, existe, ainda, a possibilidade de criação de um escritório central que determinará a distribuição dos lucros, a gestão mercantil, ou a organização de central de vendas.

Aplicando a definição tradicional de cartel ao contexto do sistema brasileiro de controle de concentrações, afirmamos que, neste sistema, se um acordo não

⁹ Nesse sentido: VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa de. *O contrato de consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Coimbra editora, Coimbra, 1999, p. 171 e ss.

¹⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos – Últimas tendencias, en *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 239, Enero-Marzo 2001, Madrid, 2001, p. 251 e ss.

¹¹ ASCARELLI, Tullio. Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, em *Ensayos e pareceres*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1952, p. 223.

¹² AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis; problems, text, cases*. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1988, p. 188.

¹³ A restrição da concorrência pode dar-se de duas formas: a) constituindo-se uma empresa ou grupo de empresas que terá uma posição dominante (*joint venture*) ou; b) com a formação dos cartéis. Nesse sentido: PROPERSI, Adriano y ASTORINA, Maria Rita. *Antitrusti; normativa italiana e comunitaria – il fenomeno delle concentrazioni aziendali*. Pirola, Milano, 1991, p. 168.

¹⁴ ASCARELLI, Tullio. *Consorzi volontari tra imprenditori*. 2 ed., Giuffrè, Milano, 1937, p. 17-18.

restringe a livre concorrência não há que se falar na existência do cartel. Desta forma, a associação não se caracterizará, nestes casos, em efeitos anti-concorrenciais que interessem a proteção da ordem econômica.

Concluindo, no caso brasileiro, o cartel é um acordo entre empresas que atuam no mesmo mercado relevante, destinado a regular ou neutralizar a concorrência entre os partícipes, tendo seu objeto ou efeito tipificado no art. 36 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011¹⁵.

2.1.1. O cartel e suas justificativas

As justificativas tradicionais dos cartéis destacam certas vantagens derivadas da neutralização da concorrência. Não é raro justificar-se que, principalmente em tempos de crise, os acordos entre concorrentes desempenham um papel fundamental, já que sua extinção causaria maiores prejuízos que sua manutenção¹⁶.

Em períodos de crise, entende-se que o volume de vendas pode declinar, obrigando a saída de alguns agentes econômicos do mercado. Passada a recessão, a volta das empresas implicaria em custos adicionais de restabelecimento, os quais poderiam impedir, na prática, esse retorno. A concentração do mercado e a perda da capacidade do sistema poderiam, então, ser evitadas com a neutralização da concorrência entre os agentes.

Finalmente, o cartel pode implicar a neutralização da força da oferta e da demanda sobre a formação dos preços, os quais passarão a ser determinados pelos acordos entre os agentes. Tal neutralização traria o benefício da estabilidade dos mesmos preços. Por essa razão já foi sustentado que o cartel significaria a estabilidade dos preços, implicando no aumento do grau de segurança e previsibilidade jurídica, de forma tendente a propiciar

aos agentes a apresentação de seus investimentos e da produtividade. Assim, a cartelização estaria revestida a favor da coletividade¹⁷.

2.1.2. O cartel de preço

Desde muito tempo os tribunais vêm condenando os acordos de fixação de preços, acima ou abaixo do preço de mercado ou custo de produção¹⁸. Entendem que os preços devem derivar da livre atuação das forças de mercado¹⁹.

A rejeição dos ordenamentos jurídicos à artificial fixação dos preços pelos agentes econômicos tem a sua justificativa no fato de que a concorrência é um fator que tende a levar a diminuição dos preços praticados pelos agentes, como consequência da disputa pelo mercado.

A concorrência passa a ser entendida como um regulador do egoísmo. O egoísmo do vendedor que exagera no preço de seu produto e que é paralisado pelo outro comerciante, que prefere vender por um preço mais baixo a não vender seu produto. O egoísmo do comprador que oferece quase nada pelo produto é paralisado pela vontade do outro comprador, que oferece um pouco mais pelo produto a ser adquirido²⁰.

Em um mercado competitivo, os abusos são naturalmente reduzidos, já que são sancionados pelas próprias forças do mercado. Não se admite, portanto, que o efeito tão desejado pelo sistema – derivado da concorrência entre os agentes – seja neutralizado por um acordo celebrado entre os concorrentes.

Um acordo que tenha por objeto a fixação dos preços será restringido pela autoridade *anti-trust* europeia,

¹⁵ Trata-se de um ato ilegal (já que contrário as normas imperativas) e, por sua realização, os agentes econômicos perseguem um fim que não é admitido no ordenamento jurídico. Percebe-se a ilegalidade do ato na tentativa de realizar um determinado fim vedado pela norma jurídica. Nesse sentido: MESSINEO, Francesco. *Dottrina general del contratto*. 3 ed., Giuffrè, Milano, 1948, p. 268 e ss.

¹⁶ Um dos principais argumentos favoráveis aos cartéis é que eles pretendem eliminar a concorrência ruim, predatória, destrutiva, que seria prejudicial não somente aos agentes econômicos, mas também a coletividade. Da mesma forma, em uma economia ainda não consolidada, a união dos agentes econômicos poderia vir a ser a melhor alternativa para a concorrência internacional. Nesse sentido: SHIEBER, Benjamin M.: *Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 95.

¹⁷ AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Op. y loc. Cit.*

¹⁸ Um dos primeiros casos julgados foi *King v. Norris*, em 1758. Trata-se de acordo estabelecido entre os produtores de sal, determinando uma taxa de 200 *pounds* para aqueles que vendessem a mercadoria abaixo de um preço determinado. A corte inglesa foi unânime em entender a ilegalidade do acordo. A partir do século XIX todas as cortes passam a recusar a existência de tais acordos. Nesse sentido: POSNER, Richard A.. *Economic analysis of law*. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1992, p. 285 e ss.

¹⁹ Nesse sentido foi a decisão do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Brasil) no Processo Administrativo 53/92. Os hospitais do Estado de Sergipe praticavam os mesmo preços pelos serviços que prestavam, independente das diferenças entre os vários estabelecimentos. A tabela de preços foi declarada ilícita pela autoridade anti-trust brasileira.

²⁰ JHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Progresso editora, Salvador, 1953, p. 140.

nos termos da restrição do art. 101, 1º do TFUE. Nos EUA, entende-se que há proibição *per se* dos acordos que tenham por objeto a fixação dos preços²¹.

De acordo com a estrutura do mercado relevante onde atuam os partícipes, os acordos estão individualizados nos seguintes termos:

- a) acordos celebrados entre agentes que tenham poder econômico equitativo tais como:
 - a.1.) acordos que determinam a elevação dos preços de um determinado produto seguindo um percentual fixo – todos os produtores aumentam os preços de seus produtos em 3%, uma vez por ano. A ilicitude está presente, ainda que os preços praticados sejam diversos;
 - a.2.) acordos nos quais os agentes fixam um preço mínimo de venda;
 - a.3.) acordos de estabilização dos preços, realizada com a recompra sistemática dos produtos no mercado pelos próprios produtores.
- b) acordos de *price leadership*, em que há um agente com poder suficiente para impor sua política de preços aos demais participantes do mercado.

Finalmente, a diferença fundamental entre os dois tipos é que no segundo caso, de acordo com a capacidade de resistência do agente econômico frente à atuação de seu competidor mais forte, lhe será imputada a prática restritiva da concorrência.

2.1.3. Os agentes em posição de igualdade no mercado e seus acordos

Todavia, em determinadas circunstâncias, não haverá no mercado um agente com poder suficiente para impor sua política de preços. Desta forma, acordam os agentes a eliminação da concorrência sobre o preço dos produtos ou serviços, de forma que as alterações já não derivarão das modificações da oferta e demanda²².

²¹ Essa mesma proibição não é aplicada de forma rígida pelas Cortes norte-americanas, determinando as mesmas, muitas vezes, que um acordo de fixação dos preços não seria, *per se*, declarado como proibido. Nesse sentido: HANDLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFSKY, Robert e; GOLDSCHIMID, Harvey. *Trade regulation; cases and materials*. Westbury: The Foundation Press, 1990, p. 271.

²² É clássico o exemplo dos acordos entre as ferrovias norte-americanas, anteriormente à promulgação do *Sherman Act*. Nota-se que os setores que requerem um investimento inicial elevado são aquelas que mais afirmam o caráter não desejável da concorrência, buscando justificar a celebração dos cartéis. Nesse sentido: AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 190.

Nessas hipóteses, os agentes são naturalmente levados à ruptura do cartel, acabando por vender mais barato e iniciando uma guerra de preços²³. Os acordos de preço, celebrados em mercados sem empresas dominantes, são naturalmente instáveis. Assim, quanto maior o número de empresários atuantes em um determinado mercado, mais difícil será sua cartelização, já que maiores serão as probabilidades de que algum partícipe rompa o cartel²⁴.

Ademais de sua instabilidade, nesse tipo de cartel a fixação e o nível dos preços se apresentariam como um problema. Assim, se o preço fixado é demasiado alto, outros agentes serão induzidos a entrar no mercado. Neste caso, não será viável a sobrevivência ou reprodução de condições oligopolísticas pelo cartel, a menos que existam barreiras à entrada de novos competidores²⁵.

Aspecto significativo em conclusão a este ponto seria que este tipo de acordo se aperfeiçoa mediante a determinação dos preços por uma associação ou entidade de classe. Não obstante, tais acordos são também questionáveis juridicamente²⁶.

²³ PARDOLESI, Roberto. *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, em *Consumatori, ambiente, concorrenza – Il diritto privato oggi*. Giuffrè, Milano, 1994, p. 115 e ss.

²⁴ SULLIVAN, E. Thomas y HONVENKAMP, Herbert. *Antitrust law, policy and procedure; cases, materials, problems*. 3 ed., Charlottesville. The Michie Company, 1994, p. 183 e ss.

²⁵ Os elementos para a pré-disposição de um mercado para cartelização seriam:

- 1) Número reduzido de agentes econômicos no mercado;
- 2) homogeneidade do produto;
- 3) equilíbrio entre a demanda, oferta e preço do produto;
- 4) existência de barreiras de entrada de novos investidores nesse mercado;
- 5) mercado retraído;
- 6) forte espírito de disciplina dos empresários;
- 7) proteção aduaneira;
- 8) ausência de produtos substitutivos.

Nesse sentido: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.: *Tratado de direito comercial brasileiro*. V. 1, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955, p. 306.

²⁶ Forçosa a referência ao problema da licitude das chamadas *tabelas de honorários* das associações de classe. Nota-se que tais tabelas tratam, tão somente, de sugestões aos associados.

Com relação ao Brasil, importante tal discussão depois da promulgação do novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei 8.906, de 4 de julho de 1994). Assim, obriga aos advogados a cobrar, como mínimo, os valores fixados pelos conselhos seccionais, abandonando-se o entendimento das tabelas de sugestão. Clara é a ilicitude do preceito. Entretanto, como o respeito à tabela de preços é imposto por lei federal, o CADE não teria competência para apreciar o cartel.

2.1.4. Acordos de *price leadership*

Nos acordos de *price leadership* os agentes seguem o preço praticado pela empresa que detenha a posição dominante no mercado. A posição dominante é considerada como o poder detido por uma sociedade de determinar a atividade de outra sociedade²⁷. Não é sempre que a prática configura um ato de não concorrência, com a devida responsabilidade dos agentes que praticam o aumento uniforme do preço.

Pelo contrário, podemos estar diante de um abuso de posição dominante, na medida em que um agente se impõe como líder dos demais agentes, determinando os preços que serão praticados. Uma vez mais, as empresas concorrentes estarão em situação de sujeição.

“En relación también con el abuso de posición dominante, la resolución del TDC de 29 de julio de 1999 (ref. Colex-Data 99DC81) recuerda, con base en jurisprudencia comunitaria (sentencias *Michelin/Comisión*, de 9 de noviembre de 1983 (asunto 392/81), y *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, de 1 de abril de 1993 (asunto 65/89)), que cuando una empresa ocupa posición dominante en el mercado, la estructura de la competencia en el mismo está ya debilitada, por lo que cualquier restricción adicional de competencia producida por el comportamiento de esa empresa constituye una explotación abusiva de su posición de dominio. Se hace referencia, pues, a la especial responsabilidad de la empresa que se halla en posición de dominio”²⁸.

Por sua vez, nos EUA, um importante caso é o *National Society of Professional Engineers vs United States* (citado por HANGLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFISKY, Robert y; GOLDSCHIMID, Harvey. Op. Cit., p. 265). Os estatutos da *National Society of Professional Engineers*, uma associação que congregava mais de 69.000 engenheiros, estabelecia a proibição de seus membros negociarem os preços dos serviços que iam ser prestados, até que os clientes tivessem efetivamente selecionado o profissional que iria trabalhar em seu projeto. Tal cláusula foi considerada ilícita já que constituiria um acordo para suprimir a concorrência dos preços.

Com relação à UE, em 1996 a Comissão aplicou o então art. 85, parágrafo 1º (caso COAPI – hoje art. 8) aos profissionais liberais. Assim, a Comissão condenou a organização profissional dos agentes de propriedade intelectual da Espanha, que estabelecia tabela de honorários mínimos. Mais recentemente a Comissão entendeu ilegal a fixação das tarifas dos serviços prestados pelo *spedizionari doganali* (atividade desenvolvida por profissionais que trabalham com a liberação de documentação para exportação – regulada na Itália). A fixação foi determinada pelo CNSD (*Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*), conforme autoriza a lei (italiana) 1.612/60. Nesse sentido. PAPPALARDO, Aurelio y; TIZZANO, Antonio. *Rassegna di diritto comunitario della concorrenza - Diritto del Commercio Internazionale*. (1 luglio 1993-31 dicembre 1993) 8.2/427, abr/jun 1994, Padova.

²⁷ Nesse sentido: TOMBARI, Umberto. *Il gruppo di società*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 53 e ss.

²⁸ VEGA GARCÍA, Fernando L. De La. *Tendencias generales de*

Como determinou o Tribunal Supremo norte-americano, admite-se a possibilidade de que agentes, com reduzido poder, tornem-se obrigados a respeitar a *liderança* de um agente dominante no mercado. Assim, onde há o *price leadership* pode-se presumir que o comportamento dos seguidores foi determinado pela convicção de que seriam sancionados caso se rebelassem contra o líder²⁹. Essa presunção se apresenta como o próprio elemento de coerção.

Sem embargo, o *price leadership* pode não implicar em ato ilícito, mas sim derivar de um processo normal de concorrência³⁰. A identidade dos preços em um mercado onde há um oligopólio deriva, com frequência, da prática comercial normal e, por vezes, previne a concorrência predatória^{31/32}.

A questão, portanto, não é simples. Partindo do pressuposto de que os agentes atuam racionalmente: até que ponto uma reposta à situação do mercado pode configurar um ato ilícito? Deve-se comprovar a existência do acordo para que a prática possa ser condenada?

Aqui é importante sublinhar que o art. 101 do TFUE

evolució del Derecho interno de Defensa de la Competencia, en *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 240, Abril-Junio 2001, Madrid, 2001, p. 282 e ss.

²⁹ *Federal Trade Commission v. The Cement Institute*. Note-se que o isolamento no mercado poderia ser considerado uma punição, constituindo elemento de coerção. Nesse sentido: MACHLUP, Fritz. *The political economy of monopoly; business, labor and government policies*. The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1952, p. 129.

³⁰ No caso *United States vs. National Malleable y Steel Castings Co.*, a identidade das curvas de preços foi tomada pelo Fiscal Geral como prova absoluta de conspiração. A defesa sublinhou que, por tratar-se de produtos de troca, as pequenas empresas se viram obrigadas a seguir a política da empresa que tinha a posição dominante. O juiz acolheu a argumentação da defesa, sustentando que a harmonização dos preços tomada pelo Fiscal Geral como prova do ato de não concorrência nada mais era que o resultado de uma concorrência forte e bem informada. Nesse sentido: SHIEBER, Benjamin M. Op. Cit., p. 89.

³¹ MALARD, Neid Teresinha. Integração de Empresas: concentração, eficiência e controle, *Revista do Ibrac*. V. 1, n. 4, nov. 1994, São Paulo, 1994, p. 44-73.

³² O dilema do prisioneiro é colocado como uma metáfora para explicar como os cartéis podem implicar um resultado global mais econômico para o consumidor. Por tal dilema, os criminosos são levados a confessar seus crimes por um dos seguintes fatores: a) a promessa de que teriam uma pena reduzida; ou b) a ameaça da confissão de outro criminoso sem a do próprio interrogado, e o possível agravamento da sua situação.

Trata-se de um exemplo clássico do conflito entre a racionalidade individual e coletiva. O interrogatório em celas separadas impede o pacto entre os criminosos e a racionalidade individual condena ambos à cadeia. Nesse sentido: SIMONSEN, Mário Henrique. *Ensaio analítico*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1994, p. 410.

determina como um dos componentes de hipótese normativa a existência do acordo ou de uma prática concertada entre os agentes. Da mesma forma, nos EUA, deve haver um contrato, uma combinação ou conspiração entre as partes.

Raramente a prática concertada é documentada pelos agentes, sendo sua prova, às vezes, impossível. Para solucionar esta questão os Tribunais acabaram afirmando que a existência do acordo pode ser deduzida das próprias circunstâncias do caso³³.

Finalmente, a simples comparação da curva de preços não é suficiente para determinar a existência do acordo³⁴.

2.1.5. O cartel de exportação como mecanismo de exceção

O cartel de exportação é qualificado como um conjunto de acordos entre exportadores situados em um mesmo mercado geográfico relevante, com o objetivo de enfrentar a concorrência internacional.

O incentivo aos cartéis de exportação pode ser praticado de uma das seguintes formas:

pela inaplicabilidade da Lei *anti-trust* – os governos dos países de origem, para fortalecer suas exportações, acostumaram a não aplicar a legislação *anti-trust* para coibir este tipo de acordo;

2) pela concessão de isenções ou autorizações especiais.

Nestes casos, justifica-se a colaboração governamental pelo fato de que os efeitos dos cartéis de exportação somente seriam sentidos nos mercados externos, não protegidos pela lei *anti-trust* nacional.

Nos EUA, o art. 1º do *Sherman Act* não deixava dúvidas quanto a sua aplicação, também, aos cartéis de ex-

³³ O Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Marterie Coloranti*, entendeu nesse sentido. Para aprofundar na matéria veja FRIGNANI, Aldo y WAELBROECK, Michel. *Disciplina della concorrenza nella CEE. Jovene, Napoli, 1993. p. 51 e ss.*

No direito norte-americano veja o caso *Trade Commission v. Cement Institute*, referido por: MACHLUP, Fritz. Op. cit., p. 133 e ss.

³⁴ O TJUE já se manifestou nesse sentido, entendendo que a rigidez dos preços no mercado não é, por si só, contrária aos Tratados. Não basta a uniformidade dos preços para a caracterização do ilícito, sendo tomada a mesma, tão somente, como um indício. Sentença do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1964, Reino dos Países Baixos, c. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, Assunto 66/63, Repositório de Jurisprudência, 1964.

portação. Assim, necessitava-se da criação de uma saída segura que permitisse ao governo proteger as associações entre os exportadores da incidência da Lei *Anti-trust*.

Na busca pela introdução desta saída segura, que não dependesse da aplicação *darule of reason* (passando ao controle do Poder Judiciário a análise de caso a caso), o Congresso norte-americano aprovou, em 1918, o *Webb-Pomerene Act*. Assim, concedeu isenções aos acordos que previam negociar tanto nacionalmente como no exterior, permitindo às empresas norte-americanas a concorrência em um mercado internacional de forma cartelizada³⁵.

Em 1982 o mesmo Congresso editou o *Export Trading Company Act*, melhorando a sistemática de controle. Assim, garantiu a proteção dos consumidores norte-americanos e determinou a isenção para os cartéis de exportação do controle *anti-trust*³⁶.

2.2. Os acordos verticais e a proteção da concorrência para não concorrentes

Os acordos verticais podem ser uma alternativa ao processo de concentração empresarial, já que com sua celebração cada um dos agentes mantém isolado seu centro de poder, sem perder sua autonomia jurídica e econômica³⁷. De qualquer forma, a atuação conjunta das empresas causará no mercado os mesmos efeitos de uma prática concentracionista.

³⁵ Nesse sentido: AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 160.

³⁶ O *Export Trading Company Act* estabelece os seguintes requisitos para a concessão de isenções, corporificadas em certificados:

- 1) que o acordo entre agentes exportadores não prejudique a concorrência no mercado norte-americano;
- 2) não restrinja as exportações;
- 3) não altere, de forma razoável, no mercado interno, os preços dos produtos exportados;
- 4) não caracterize ato de concorrência desleal entre os exportadores.

³⁷ Os acordos verticais, quando possibilitam o controle do abastecimento, são medidas de proteção, já que diminuem a incerteza quanto ao preço da matéria prima. Assim, a integração vertical é resultado da busca por segurança. Os acordos de integração vertical estariam classificados em *a jusante* e *a montante*.

A integração vertical *a jusante* garante o mercado e distribuição para a produção do agente dominante, sendo formadas em épocas em que a capacidade produtiva supera o consumo, e pretendendo o controle do mercado. Já a integração vertical *a montante* assegura o abastecimento de matérias primas, formando-se para evitar-se a exploração por parte dos detentores das fontes de matérias primas.

Finalmente, para que os acordos sejam disciplinados pelas normas *anti-trust não é necessário que haja uma relação direta de concorrentes* entre os agentes econômicos. Nesse sentido, fala-se da disciplina da concorrência entre agentes não competidores³⁸.

2.2.1. Efeitos restritivos dos acordos verticais

Ao analisar os efeitos de qualquer prática *anti-trust*, devemos primeiramente identificar os mercados que serão afetados. No caso dos acordos verticais, estes efeitos da não-concorrência podem ser produzidos: a) no mercado relevante em que atua o produtor do bem ou serviço; b) no mercado relevante no qual atuam os distribuidores ou; c) no mercado relevante de fornecimento de um bem para o empresário.

Com respeito aos efeitos que são provocados pelos acordos verticais sobre a concorrência, dois pontos devem ser considerados:

a) este tipo de acordo pode restringir a concorrência entre os agentes distribuidores de um mesmo bem ou serviço (*intra brand competition*) e;

b) ao mesmo tempo, fomentar a concorrência no mercado relevante em que atua o produtor (*inter brand competition*)³⁹.

Assim, os acordos verticais acabariam por trazer benefícios para a concorrência, já que:

- 1) implicariam na redução dos custos de distribuição, permitindo economias de escala;
- 2) facilitariam a entrada de novos agentes no mercado de distribuição, permitindo o retorno do investimento efetuado;
- 3) impediriam a atuação dos distribuidores livres (*free riders*);
- 4) evitariam a concentração dos distribuidores, não permitindo que aqueles mais agressivos acabem por incorporar outros, causando um indevido grau de concentração no mercado;

³⁸ SHIEBER, Benjamin M. Ob. Cit., p. 139.

³⁹ Neste ponto se encontra justificada a franquia, já que ao mesmo tempo em que pode eliminar a concorrência entre os vários franqueados, ajuda no fomento e incremento da concorrência entre os vários franqueadores.

Veja, sobre a autorização dos contratos de franquia na Europa, a Sentença do Tribunal de Justiça de 28 de janeiro de 1986, Pronúptia de Paris GMBH c. Pronúptia de Paris Irmgard Schillgalis, assunto 161/84, Recopilación de Jurisprudencia 1986. Veja, ainda nesse sentido: MENGOZZI, Paolo. *Casi e materiali di diritto delle Comunità Europee*. 2 ed., Editrice Bologna, Bologna, 1991, p. 320 e ss.

5) permitiriam a conservação da imagem do produto⁴⁰.

A ilicitude do acordo vertical dependerá da análise caso a caso, em função do mercado relevante de que se está tratando, do tipo de produto comercializado, e de atender a necessidade do consumidor.

Existem quatro tipos básicos de acordos verticais:

- 1) determinação dos preços de revenda (*resale price maintenance*);
- 2) divisão do mercado;
- 3) exclusividade;
- 4) vendacasada (*tying arrangements*).

A venda casada faz com que o distribuidor do produto seja obrigado a adquirir, do mesmo produtor, outros bens e não somente aqueles originariamente desejados. Com tal situação, a concorrência entre os fabricantes, ainda que potencial, se verá prejudicada, fazendo-se sentir nesse mercado os efeitos da não concorrência.

Nos casos de divisão de mercado, exclusividade ou determinação dos preços de revenda, é a concorrência entre os distribuidores que resultaria limitada (*intra brand competition*)⁴¹.

Um acordo de divisão de mercado, no qual se atribui a cada um dos distribuidores uma parte deste⁴², acaba

⁴⁰ Tomemos como exemplo um distribuidor que efetua investimentos para incrementar suas atividades. Adquire um ponto comercial, qualificação pessoal, etc. Tais providências aumentam seus custos de distribuição, elevando o preço do produto oferecido ao consumidor. Outro distribuidor, com um ponto na periferia da cidade, sem nenhuma infraestrutura, utilizando mão de obra desqualificada e por isso mais barata, também oferece o produto, mas com um preço menos elevado. Os consumidores vão conhecer o primeiro estabelecimento, se deixam convencer de suas qualidades. Todavia, o produto, provavelmente, será adquirido no segundo estabelecimento (*free rider*), que vende mais barato, já que não tem que suportar um custo fixo tão elevado como o primeiro distribuidor.

A teoria do *free rider*, complementada pela necessidade alegada de manutenção da qualidade do produto (obtida, ademais, pela imposição de venda casada), é utilizada na justificação econômica dos contratos de franquia, que acabam por ser liberados pelas autoridades anti-trust. Nesse sentido: SULLIVAN, E. Thomas y HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 2 ed., Matthew Bender, New York, 1994, p. 150.

⁴¹ Nestes casos percebemos um autêntico contrato de adesão nos quais os distribuidores não têm outra opção que aderir aos termos impostos pelo agente que detêm a posição dominante.

⁴² Tanto um mercado relevante geográfico como um mercado relevante material podem ser divididos entre os distribuidores. Assim, o produtor pode decidir destinar a cada um dos distribuidores uma área geográfica. Pode haver, ainda, uma divisão baseada nas características dos consumidores.

por restringir a concorrência, já que os distribuidores passarão a atuar no mercado como verdadeiros monopolistas. Bastante semelhante é a situação da exclusividade concedida ao distribuidor para atuação em um mercado relevante geográfico ou material⁴³.

Finalmente, no caso da determinação dos preços de revenda, a neutralização da concorrência se vê ainda mais evidente, uma vez que é eliminada qualquer possibilidade de variação dos preços praticados.

2.2.2. A jurisprudência em matéria de acordos verticais

2.2.2.1. A jurisprudência dos acordos verticais nos EUA

Para uma aproximação da matéria no âmbito do Direito norte-americano, devemos analisar os principais *leading cases* com respeito aos acordos verticais.

2.2.2.1.a) O caso *Dr.Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co.*

O caso *Dr.Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co.*⁴⁴ foi marcado pela ilegalidade da fixação, por parte do produtor, dos preços que seriam praticados pelos distribuidores.

Assim, *Dr.Miles Medical Co.* fabricava medicamentos com métodos e fórmulas secretas. A comercialização de seus produtos era efetuada por distribuidores atacadistas, que vendiam a outros distribuidores (varejistas), os quais distribuíam os produtos aos consumidores finais.

Com a finalidade de evitar a guerra de preços e de descontos entre os distribuidores, além da manutenção de sua alegada reputação, *Dr. Miles* decidiu fixar os preços de revenda de seus produtos. O Tribunal, entendendo que a utilização de segredos de comércio não con-

⁴³ Essa situação de monopólio não se verificará se existirem produtos de troca no mercado, determinando a concorrência em cada segmento. No caso *Transocean Marine Paint Association* (Decisión de la Comisión de 27 de junio de 1967, DO n.º L163 de 20/07/1967) a Comissão Europeia concedeu uma isenção aos fabricantes de tintas para navios que haviam dividido entre si o mercado europeu. Segundo o entendimento da autoridade europeia, a presença de outros fabricantes que não eram partícipes do acordo fazia com que a prática não produzisse efeitos de não concorrência. Nesse sentido: BAEL, Ivo van e BELLIS, Jean-François: *Competition law of the EEC*. 2 ed., Oxfordshire: CCH, 1990, p. 369 e ss.

⁴⁴ 220 U. S. 373 (1911), referido por AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 641 e ss.

feria a seu titular o direito de restringir a concorrência, condenou a prática.

2.2.2.1.b) O caso *United States v. Colgat Co.*

United States v. Colgat Co. é outro *leading case*.

*Colgate*⁴⁵, produtora de sabonetes e produtos para banho, enviou cartas e circulares a seus distribuidores, sugerindo determinados preços que deveriam ser praticados. Informou, ainda, que não seriam efetuadas vendas a distribuidores que não adotassem aqueles preços.

O Tribunal considerou lícita a prática de sugerir (não impor) preços aos distribuidores, facultando ao produtor a liberdade de contratar com aqueles que não acatassem sua *sugestão*.

A doutrina norte-americana aborda o problema da proibição *per se* dos acordos verticais⁴⁶, especialmente com respeito aos acordos de fixação dos preços⁴⁷. Assim, a análise dogmática tem como ponto de partida uma regra fixa punitiva. Sem embargo, não parte somente de uma regra fixa, mas também procura ter um parâmetro constante como ponto de chegada. Isso faz com que exista a perene busca de soluções gerais, em detrimento de uma análise caso a caso dos problemas que se apresentam.

2.2.2.2. A jurisprudência dos acordos verticais na Europa

Na Europa, nas últimas décadas, existe a tendência de reduzir a aceitação dos acordos sobre os preços de venda. As isenções, que são concedidas para os acordos de distribuição (franquia, etc), levam em consideração esta visão europeia com respeito aos acordos verticais.

⁴⁵ Esse julgado originou a chamada *Colgate Doctrine*. Nesse sentido: SULLIVAN, E. Thomas e; HARRISON, Jeffrey L. Op. cit., p. 153 e ss. Em novembro de 1997, no Brasil, o CADE decidiu que a sugestão dos preços de revenda ao consumidor, por parte dos distribuidores de sorvete, não constituía uma prática ilícita.

⁴⁶ Indispensáveis a análise do caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylva Inc.* (433 U.S. 36 – 1977), no qual a Suprema Corte norte-americana determinou que os acordos verticais não deveriam ser analisados sob o prisma da proibição *per se*, mas tomados caso a caso, sendo possível a aplicação da regra da razão. Referido por AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 641 e ss.

⁴⁷ Os principais argumentos contrários a fixação dos preços de revenda são: a) facilita a sobrevivência de agentes não eficientes, não tendo os mesmos que enfrentar a concorrência dos preços; b) elimina a concorrência dos preços dos produtos; c) tende a impor para o consumidor uma série de serviços e produtos que não deseja; d) propicia a prática de preços elevados.

Os acordos são admitidos: a) sempre que aumentem a eficiência econômica; b) quando não impeçam a concorrência entre os agentes e; c) principalmente, não comprometam o processo de integração europeia, com alívio da circulação de mercadorias entre os Estados membros⁴⁸.

Sob este ângulo, justifica-se a postura da Comissão diante da ilicitude dos acordos de divisão territorial, que contribuiriam ao isolamento dos mercados dos Estados membros⁴⁹.

Três são os princípios básicos que disciplinam os acordos verticais na Europa:

- 1) fomento da concorrência entre os distribuidores de um mesmo produto (*intra brand competition*);
- 2) integração dos países da União Europeia, evitando-se, desta forma, o isolamento de qualquer parte substancial do Mercado Interior;
- 3) proteção dos pequenos importadores contra o poder econômico dos grandes fornecedores.

3. CONCLUSÕES

A comparação das posturas europeia e norteamericana, desde o ponto de vista dos acordos verticais e horizontais, pode trazer importantes lições para os países em desenvolvimento e, em especial, para o Brasil.

Na Europa não existe a busca de regra fixa, sendo possível a identificação dos princípios gerais que regulamentam os acordos. Propicia um certo grau de segurança jurídica, ao mesmo tempo que concretiza uma política de concorrência de índole instrumental, apta para servir aos propósitos da integração dos Estados membros.

As justificativas da teoria econômica para os acordos horizontais e verticais (todavia não há consenso nos EUA sobre os mesmos) não são acatadas na Europa, a

não ser que sejam vistas sob o prisma da instrumentalidade⁵⁰.

Fixados os princípios gerais que devem regulamentar a matéria (a exemplo do que ocorre na Europa), a análise caso a caso permitirá que essas normas sejam aplicadas para concretizar uma política econômica previamente determinada.

Finalmente, o que não deve ser admitido no Brasil é o transplante de teorias econômicas que versem sobre a eficiência dos acordos horizontais e verticais ou, ainda, a aplicação *per se*, da proibição dos mesmos, desconsiderando a política de controle da concorrência, que deve ser fixada pela autoridade *anti-trust* nacional.

REFERÊNCIAS

AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis: *Antitrust analysis; problems, text, cases.* 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1988.

ASCARELLI, Tullio: *Consorti volontari tra imprenditori.* 2 ed., Giuffrè, Milano, 1937.

ASCARELLI, Tullio: **Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, em** *Ensayos e pareceres.* Ed. Saraiva, São Paulo, 1952.

BAEL, Ivo van y BELLIS, Jean-François: *Competition law of the EEC.* 2 ed., Oxfordshire: CCH, 1990.

BETANCOR, Andrés: **Enron, liberalización, nueva economía, en** *Política Exterior.* Vol XVI, Marzo/Abril 2002, Num. 86, Madrid, 2002.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y GOÑI URIZ, Natividad: *El control de las concentraciones de empresas en Europa. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.*

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.: *Tratado de direito comercial brasileiro.* V. 1, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN, de 12 de julio de 1995, relativa a um procedimento de aplicação do art. 85 do Tratado CE (Asunto nº IV/33.802 BASF Lacke + Farben AG, y SA Accinauto), DO nº L 272 de 15/11/1995.

⁵⁰ SULLIVAN, E. Thomas y; HARRISON, Jeffrey L. Op. cit., p. 153.

⁴⁸ GOYDER, D.G. EC competition law, 2 de., Oxford: Claredon Press, 1992, p. 271 e ss.

⁴⁹ Exemplo é a decisão da Comissão no assunto BASF/Accinauto. A empresa BASF foi condenada pela Comissão por ter incluído em um contrato de distribuição cláusula segundo a qual Accinauto (unidades distribuidoras de Bélgica e Holanda) deveria remeter os pedidos efetuados por seus clientes de fora do seu território. Veja: DECISIÓN DE LA COMISIÓN, de 12 de julio de 1995, relativa a um procedimento de aplicação do art. 85 do Tratado CE (Asunto nº IV/33.802 BASF Lacke + Farben AG, y SA Accinauto), DO nº L 272 de 15/11/1995.

- FRIGNANI, Aldo y WAELBROECK, Michel:** *Disciplina della concorrenza nella CEE. Jovene, Napoli, 1993.*
- GARRIGUES, J.:** *Teoría general de las sociedades mercantiles, RDM. Madrid, 1973.*
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago:** *La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos – Últimas tendencias, en Revista de Derecho Mercantil. Núm. 239, Enero-Marzo 2001, Madrid, 2001.*
- GOYDER, D.G.** *EC competition law, 2 de., Oxford: Claredon Press, 1992.*
- HANDLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFISKY, Robert y; GOLDSCHIMID, Harvey:** *Trade regulation; cases and materials. Westbury: The Foundation Press, 1990.*
- JHERING, Rudolf Von:** *A evolução do direito. Progresso editora, Salvador, 1953.*
- MACHLUP, Fritz:** *The political economy of monopoly; business, labor and government policies. The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1952.*
- MALARD, Neide Teresinha:** *Integração de Empresas: concentração, eficiência e controle, Revista do Ibrac. V. 1, n. 4, nov. 1994, São Paulo, 1994.*
- MENGOZZI, Paolo:** *Casi e materiali di diritto delle Comunità Europee. 2 ed., Editrice Bologna, Bologna, 1991.*
- MESSINEO, Francesco:** *Dottrina general del contratto. 3 ed., Giuffrè, Milano, 1948.*
- PAPPALARDO, Aurelio y; TIZZANO, Antonio:** *Rassegna di diritto comunitario della concorrenza - Diritto del Commercio Internazionale. (1 luglio 1993-31 dicembre 1993) 8.2/427, abr/jun 1994, Padova.*
- PARDOLESI, Roberto:** *Analisi economica della legislazione antitrust italiana, en Consumatori, ambiente, concorrenza – Il diritto privato oggi. Giuffrè, Milano, 1994.*
- PARDOLESI, Roberto:** *Intese restrittive della Libertà di Concorrenza, en Diritto Antitrust Italiano. Zanichelli, Bologna, 1993.*
- POSNER, Richard A.:** *Economic analysis of law. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1992.*
- PROPERSI, Adriano y ASTORINA, Maria Rita:** *Antitrust; normativa italiana e comunitaria – il fenomeno delle concentrazioni aziendali. Pirola, Milano, 1991.*
- SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; e, MARQUES, Maria Manuel Leitão:** *Direito Económico. Livraria Almedina, 2ª Ed., Coimbra, 1995.*
- SHIEBER, Benjamin M.:** *Abusos do poder económico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.*
- SIMONSEN, Mário Henrique:** *Ensaio analítico. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1994.*
- SULLIVAN, E. Thomas y HARRISON, Jeffrey L.:** *Understanding antitrust and its economic implications. 2 ed., Matthew Bender, New York, 1994.*
- SULLIVAN, E. Thomas y HONVENKAMP, Herbert:** *Antitrust law, policy and procedure; cases, materials, problems. 3 ed., Charlottesville: The Michie Company, 1994.*
- TOMBARI, Umberto:** *Il grupo di società. G. Giappichelli Editore, Torino, 1997.*
- VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa de:** *O contrato de consorcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas. Coimbra editora, Coimbra, 1999.*
- VEDOVE, Giampaolo Dalle:** *Concentración e gruppi nel diritto antitrust. Cedam, Padova, 1999.*
- VEGA GARCÍA, Fernando L. De La:** *Tendencias generales de evolución del Derecho interno de Defensa de la Competencia, en Revista de Derecho Mercantil. Núm. 240, Abril-Junio 2001, Madrid, 2001.*

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.