

4

CONVERGÊNCIA APLICADA AO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES BRASILEIRO: UM HISTÓRICO BEM SUCEDIDO DA LEI Nº 12.529/2011¹

Convergence applied to the brazilian merger control: A successful history of Law NO. 12.529/2011

Jéssica Gusman Gomes²

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie/SP) – São Paulo/SP, Brasil

Daniel Jacomelli Hudler³

Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP) – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: Decisões unilaterais de autoridades concorrenciais sobre operações empresariais podem gerar entendimentos conflitantes. Neste passo, impõe-se o estudo de formas para dirimir entendimentos conflitos no contexto do Direito Concorrencial.

Objetivo: Verificar a possibilidade de incorporação ao contexto brasileiro dos conceitos de convergência, critérios e das práticas internacionais sobre notificação de atos de concentração

Método: Hipotético-dedutivo apoiado pela pesquisa revisional bibliográfica e documental.

Resultados: A análise demonstrou que no Brasil, a partir da Lei n.º 12.529/2011, inspirada nas experiências americana e europeia, endereçou pontos do regime de controle de concentrações para alinhá-lo às recomendações da OCDE e da ICN – como o aperfeiçoamento do teste substancial adotado, a adoção de critérios objetivos de notificação, e a modificação do timing para submissão e

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

OCIRD: <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 06/02/2022 **Aceito em:** 20/04/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Mestranda em Direito e Economia pela Universidade de Lisboa com intercâmbio acadêmico na Université Catholique de Louvain. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada com prática em Direito Concorrencial no Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. **E-mail:** jgusman@outlook.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1596617842124475>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6060-1305>.

3 Doutorando em Direito Empresarial e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP), ex-bolsista de pesquisa PROSUP/CAPES na área de concentração “Justiça, Empresa e Sustentabilidade”. Especialista em Direito Processual Civil e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE-SP). Ex-Editor assistente das revistas científicas Prisma Jurídico e Thesis Juris. Advogado em São Paulo. Experiência internacional pela Universidade da Coruña (UDC - Espanha) em Globalización & Empresa: una visión Europea e Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Membro Efetivo das Comissões de Infraestrutura/Desenvolvimento e Doutrina da OAB/SP. Pesquisador em Direito e Desenvolvimento; Empresas e Direitos Humanos; Economia e Direito; ASG (ESG). **Email:** djudler@gmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5553075811209241>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6060-1305>.



análise pelo Cade.

Conclusões: A política de controle de concentrações brasileira é moderna, desenvolvida e alinhada com as práticas internacionais atuais.

Palavras-chave: direito concorrencial; convergência; critérios de notificação; Lei n.º 12.529/2011.

STRUCTURED ABSTRACT

Background: Unilateral decisions of competition authorities on business operations may generate conflicting understandings. Therefore, it is necessary to study ways to settle conflicting understandings in the context of Competition Law.

Objective: To verify the possibility of incorporating the concepts of convergence, criteria and international practices on merger notifications into the Brazilian context.

Method: Hypothetical-deductive supported by bibliographic and documentary revisional research.

Results: The analysis showed that in Brazil, as of Law No. 12,529/2011, inspired by the American and European experiences, addressed points of the merger control regime to align it with the OECD and ICN recommendations - such as the improvement of the substantial test adopted, the adoption of objective notification criteria, and the modification of the timing for submission and analysis by CADE.

Conclusions: The Brazilian merger control policy is modern, developed and aligned with current international practices.

Keywords: competition law; convergence; notification criteria; Law No. 12.529/2011.

Código de classificação JEL: K21

***Sumário:** 1. Introdução; 2. Conflito entre autoridades concorrenciais e a necessidade de convergência; 3. Convergência a partir da ótica concorrencial internacional: as experiências europeia, americana e de organizações internacionais; 4. Convergência no direito concorrencial brasileiro; 5. Critérios de notificação de concentrações previstos nas legislações brasileiras; 5.1. Critério de faturamento e o nexa local; 5.2. Critério de quota de mercado da Lei n.º 8.884/1994; 5.3. Timing da notificação: do controle ex post ao controle ex ante; Conclusão. Referências.*

1. INTRODUÇÃO

Em uma economia globalizada e integrada, a complexidade das relações econômicas gera um número grande de fusões e aquisições com características transnacionais, cujos efeitos econômicos irradiam por diversas jurisdições. Surge, assim, um problema relacionado a forma como essas operações são analisadas e os critérios adotados para que sejam aprovadas por cada jurisdição individualmente considerada.

Neste contexto, surgem as seguintes indagações fundamentais: i) se existe a necessidade de uniformização de critérios de análise e aprovação de operações no contexto do direito concorrencial;

ii) caso exista, quais seriam esses critérios e sua extensão; iii) se existe de fato uma governança global no âmbito do direito concorrencial, como as tentativas de uniformização foram recebidas e incorporadas no contexto brasileiro? Assim, a presente investigação tem como escopo analisar a evolução do regime de controle de concentrações brasileiro e a sua tentativa de se adequar a essa tendência uniformizante, a partir de uma análise da experiência americana e europeia sobre o tema. Neste sentido, um dos principais mecanismos de uniformização é a convergência, por meio da qual busca-se a adoção de princípios, regras e padrões para que as análises conduzidas pelas diversas jurisdições sejam minimamente coerentes entre si.

Conforme será explicado, a jurisdição brasileira incorporou normas e práticas com base nas experiências de outras jurisdições, notadamente dos Estados Unidos e da Europa, aceitando ainda recomendações promovidas pela *International Competition Network*⁴ e pela *Organisation for Economic Co-Operation and Development*⁵.

O primeiro item deste trabalho examina o problema gerado pela aplicação unilateral do direito da concorrência na análise de fusões e aquisições⁶ de dimensão global. É apresentada uma dicotomia entre os dados que demonstram a proliferação de legislações da concorrência pelo mundo, cada uma com suas próprias características, e a ausência de uma regulação global no âmbito do direito da concorrência.

O segundo item apresenta o conceito de convergência, bem como as características e pressupostos associados a este mecanismo, destacando-se os trabalhos conduzidos pela ICN e pela OCDE no intuito de promover maior aderência a padrões similares na análise de atos de concentração entre autoridades de concorrência e jurisdições.

Uma vez examinado o contexto global e a importância de alinhamento entre as políticas de direito da concorrência, segue-se para a análise do controle de concentrações no Brasil, a partir do seu enquadramento histórico e legislativo, para apresentar as duas principais leis do direito concorrencial brasileiro, a Lei n.º 8.884/1994 (BRASIL, 1994), vigente entre 1994 e 2011, e a atual Lei n.º 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Explora-se ainda o processo de mudança do método de análise de atos de concentração contrastado com o aplicado em dimensão europeia, que esteve sujeito às influências do direito da concorrência norte-americano.

O quarto item aponta os critérios de notificação previstos na antiga e na atual legislação brasileira e explora os detalhes das implementações das mudanças recomendadas revisões pelos pares conduzidas pela OCDE. Em linhas gerais, seguindo as orientações da ICN e da OCDE sobre o tema, o estabelecimento denexo local foi aprimorado e o critério de notificação fundado em quota de mercado foi eliminado.

Por fim, é verificada a mudança quanto ao momento da notificação estabelecida pela Lei n.º 12.529/2011, que passou a exigir que a submissão do ato de concentração ao Cade fosse prévia à consumação do negócio. As consequências dessa alteração foram percebidas diretamente na cooperação internacional entre o Cade e outras autoridades da concorrência e na forma de adoção de remédios antitruste nas operações que suscitam preocupações concorrenciais. A presente investigação adota o método hipotético-dedutivo apoiado pela pesquisa revisional bibliográfica e documental.

4 Em português, Rede Internacional da Concorrência e, doravante, “ICN”.

5 Em português, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico e, doravante, “OCDE”.

6 No presente trabalho, utilizar-se-á o termo “fusões e aquisições” para referir-se a todos os tipos de operações empresariais que podem ser objeto de controle por autoridades da concorrência.

2. CONFLITO ENTRE AUTORIDADES CONCORRENCIAIS E A NECESSIDADE DE CONVERGÊNCIA

O processo de globalização traz novos modelos de interação social e relações econômicas⁷. A atividade empresarial transnacional, enquanto faceta dessas relações, é facilitada pelos movimentos de integração de mercados a nível global. O direito da concorrência, regulador desta atividade, não está imune aos seus efeitos. No âmbito do controle de estruturas, as autoridades de concorrência podem ser competentes de maneira simultânea para analisar os impactos concorrenciais em seus territórios, abrindo-se assim espaço para interpretações e conclusões divergentes, gerando um problema normativo com consequências econômicas para outras jurisdições.

Há uma frequência cada vez maior de fusões e aquisições transnacionais (cross-border mergers), isto é, operações que, segundo definição de Oliver Budzinski (2008, p. 19), afetam mercados de mais de um país de modo pró ou anticompetitivo.

Segundo o estudo dos economistas Capobianco, Davies e Ennis (2016, p. 3), o aumento de fusões e aquisições transnacionais influenciou a proliferação de legislações concorrenciais ao redor do mundo: no fim da década de 1970, apenas 9 jurisdições possuíam legislação concorcencial; por volta de 1990, ampliou-se para 23; em 2013, mais de 120 países possuíam legislações e, em sua maioria, autoridades da concorrência estabelecidas.

Em geral, tais legislações estabelecem o controle de concentrações entre agentes econômicos. Tal fator, aliado à adoção da teoria dos efeitos⁸, permite que seja reivindicado, simultaneamente, o exercício de competência jurisdicional por diversas autoridades da concorrência (CARVALHO; SILVEIRA, 2013). Vislumbra-se, assim, a relação direta entre o aumento das fusões e aquisições transnacionais e a necessidade de controle por diversas autoridades da concorrência ao redor do mundo.

Entretanto, se, pelo lado dos mercados e negócios, observa-se um direcionamento no sentido da integração e coordenação global, por outro, no que se refere às normas e práticas concorrenciais, salta aos olhos a ausência de leis que regulem o direito da concorrência internacional. Neste sentido, pertinente a observação de David Gerber (2010, p. 3):

Global markets are not clothed, as local and national markets are, in a fabric of political institutions, laws and cultural understandings of what is permissible economic conduct. In general, the law that are applied to global markets are not themselves global – or even transnational! Instead, the laws of individual states govern global markets. In this legal regime, law does not perform an integrative or embedding function. It often has the opposite effect – it creates borders and concomitant tensions and conflicts (GERBER, 2010, p. 3).

7 Para fins deste trabalho, considerar-se-á o conceito de processo de globalização proposto por David Held e Anthony McGrew: “[T]he expanding scale, growing magnitude, speeding up and deepening impact of interregional flows and patterns of social interaction. It refers to a shift or transformation in the scale of human social organisation that links distant communities and expands the reach of power relations across the world’s major regions and continents” (HELD, 2003, p. 4).

8 A teoria dos efeitos é uma consequência do desenvolvimento jurisprudencial norte-americano, especificamente no caso Estados Unidos v. Aluminum Co. of America (Alcoa), julgado em 1945. (Estados Unidos v. Aluminum Co. of America, 148, F.2d 416, 443-444, Corte do Segundo Distrito, 1945). Segundo tal teoria, qualquer ato limitador da concorrência, independentemente da localização da empresa que o praticou, está sujeito à regulação pela legislação concorcencial nacional do país em que se verificaram os efeitos do ato, conforme aponta Forgioni (2015), p. 431.

Muito embora os efeitos das fusões e aquisições sejam percebidos em diversas jurisdições, cada uma delas possui um regime próprio de análise. Essa abordagem unilateral do direito da concorrência acarreta significativos riscos, tanto para as partes que visam a concretização do negócio com brevidade, quanto para as autoridades da concorrência que analisam o caso, em especial, diante do risco de decisões divergentes sobre uma mesma concentração.

Para explicar a problemática, recorre-se ao exemplo da tentativa de fusão entre a *General Electric* e a *Honeywell International*, ocorrida em 2001. Apesar da intensa cooperação entre as autoridades durante o período de instrução, a operação foi, simultaneamente, aprovada pelas autoridades dos Estados Unidos (UNITED STATES, 2021) e bloqueada pela Comissão Europeia⁹. Por meio desse exemplo, evidencia-se a possibilidade ¹⁰de entendimentos diversos – e até mesmo conflitantes – entre os diferentes sistemas de controle de concentrações (KAMPOURIDI, 2015, p. 120; ROBERTSON, 2008, p. 165; JANOW; RILL, 2011, p. 23).

Em vista do caráter global das relações empresariais, resta nítido que qualquer proibição unilateral por parte de uma jurisdição inevitavelmente afetará as demais: além de prevalecer a análise mais restritiva do ponto de vista conceitual, este formato confere poder exclusivo para a jurisdição contrária à realização dessas operações, na medida em que permite decisões excessivamente restritivas e a adoção de políticas concorrenciais ambíguas.

Para Kyle Robertson (2008, p. 54), essa possibilidade cria uma situação de *hold-up*, que impõe às empresas uma escolha entre manter o negócio proposto, enfrentando todas as dificuldades, ou desistir dele. Importante sublinhar que a decisão de uma autoridade que impede a concretização de uma fusão prejudica as outras jurisdições que poderiam se beneficiar das eficiências geradas pelo negócio e, a longo prazo, desincentiva a realização dessas operações.

No entanto, é possível vislumbrar uma alternativa: a reconfiguração do negócio para acolher as preocupações de uma ou mais jurisdições, a fim de que não se efetive a concentração no país que impeça a operação e avance nas demais jurisdições – o que, de fato, nem sempre é possível.

A despeito dos efeitos negativos no âmbito econômico, social e reputacional, as autoridades da concorrência, organizações internacionais e os governos passaram a buscar mecanismos que pudessem otimizar a análise de fusões e aquisições internacionais por meio da cooperação, com o objetivo de mitigar o risco de decisões contraditórias, sendo diversas as iniciativas neste sentido¹¹ (FOX, 2002).

9 Caso COMP/M.2220 General Electric/Honeywell. Importante notar que a Comunidade Europeia manteve o entendimento da Comissão Europeia (CE, 2005).

10 No caso, o principal motivo seria a divergência interpretativa referente aos conceitos de dominância de empresas e de efeitos conglomerados. Isso porque, enquanto para a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) os resultados da fusão seriam mais benéficos para consumidores, para a Comissão Europeia (CCE) a fusão acarretaria prejuízos aos concorrentes, levando a uma redução em investimentos futuros e vigor competitivo, em razão da possibilidade de oferta de pacotes de motores e sistemas de aeronaves que os concorrentes não seriam capazes de responder de forma eficaz, de alavancagem da GE do seu domínio em motores de aeronaves em mercados de sistemas aviônicos e não aviônicos, e de que o braço de *leasing* de aeronaves da GE (GECAS) passaria a comprar apenas produtos Honeywell.

11 Desde a criação de uma autoridade da concorrência internacional, que seja competente para analisar e decidir sobre fusões e aquisições globais, até o desenvolvimento de técnicas de cooperação internacional mais acessíveis, como a celebração de acordos bilaterais, multilaterais ou regionais e de convergência de normas e procedimentos.

No entanto, a execução de muitas das propostas é inviabilizada por obstáculos dificilmente superáveis, pois envolvem questões sensíveis, como a relativização de soberania e da competência dos Estados na análise de efeitos locais dessas operações, a conciliação de princípios norteadores da política de concorrência de cada país e o estabelecimento de regras procedimentais e materiais únicas e engessadas a serem seguidas.

Assim, como sugerem Kampouridi (2015, p. 131-132), Jenny (2015, p. 41), Cheng (2012, p. 48-49) e Ezrachi (2006, p. 635), a convergência desponta como a alternativa mais viável para evitar conflitos entre autoridades da concorrência no ramo do controle de concentrações. Uma justificativa plausível para fundamentar esta posição é apontada por Gerber (2010, p. 282), que sinaliza a existência de um movimento que parte de um estado de diferença em direção a um estado de similaridade com aumento de características compartilhadas, paralelo à redução de características não compartilhadas nos regimes de leis de concorrência.

3. CONVERGÊNCIA A PARTIR DA ÓTICA CONCORRENCIAL INTERNACIONAL: AS EXPERIÊNCIAS EUROPEIA, AMERICANA E DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Por convergência, Hollman e Kovacic (2011, p. 278) entendem a ampla aceitação de padrões relativos à doutrina substantiva e métodos analíticos do direito da concorrência, aos procedimentos de aplicação de comandos substantivos e aos métodos de administração de uma autoridade de concorrência.

O conceito de convergência pressupõe, ainda, a existência de uma referência identificável para a qual as decisões individuais de cada autoridade deverão estar voltadas.

Hollman e Kovacic (2011, p. 279) defendem que a adoção generalizada de práticas superiores melhora o desempenho de jurisdições individuais, de forma a deslocar abordagens mais fracas para mais fortes, bem como, promove a eficácia da política de concorrência como uma forma de empreendimento global, aumentando a capacidade de análise das autoridades da concorrência e incentivando a cooperação transfronteiriça.¹²

Mas, importante destacar que não se tem por objetivo o estabelecimento de políticas e mecanismos de aplicação idênticos e absolutos, na medida em que o direito de concorrência de cada país é único e sua história, condições econômicas, objetivos e valores devem ser respeitados – condições estas reconhecidas por Hollman e Kovacic (2011, p. 229).

No entanto, como nota Gerber (2010, p. 282-287) em razão da imprecisão conceitual da convergência, há uma consequência prática importante sobre a sua implementação, enquanto estratégia. Isto é, a partir de uma noção geral de que a convergência pode ser a base para decisões políticas direcionadas a superar limitações do unilateralismo, assume-se que a melhor estratégia seria o aumento do fluxo de informações e interação entre as autoridades e que a adoção dessa estratégia seria suficiente para promover um processo global espontâneo de adesão.

¹² Para tornar o entendimento mais claro, os autores realizam uma analogia interessante: tal processo se assemelha ao processo de evolução da medicina, por meio do qual a ampla aceitação de tratamentos superiores ou técnicas cirúrgicas melhora a qualidade da saúde dentro e entre jurisdições.

Segundo Gerber (2010, p. 282-287), se por um lado essa estratégia desestruturada de convergência possui certo apelo político, na medida em que dispensaria a necessidade de custos, celebração de acordos e assunção de obrigações pelos países, por outro lado, tal característica pode ser prejudicial à própria convergência, pois justamente diante da ausência de obrigatoriedade é que se torna possível não atingir os efeitos globais almejados.

No âmbito da promoção da convergência entre políticas de concorrência, merecem destaque os trabalhos desempenhados pelas organizações internacionais, nomeadamente a ICN e a OCDE no desenvolvimento de experiências comuns e no incentivo para adoção de procedimentos e normas similares por diversas jurisdições no campo do direito da concorrência.

O propósito de criação da ICN foi a busca pela convergência. Desse modo, a ICN foi pensada para ser um meio de contatos regulares de maior alcance para tratamento de questões práticas de concorrência entre autoridades nacionais e multinacionais de concorrência.

A ICN promove conferências, *workshops* e forma grupos de trabalho para discussões de diversos aspectos do direito da concorrência. A partir da obtenção de um consenso, a ICN divulga suas recomendações ou melhores práticas. As autoridades da concorrência, por sua vez, decidem se são cabíveis e como implementá-las. Desta forma, a instituição fornece instrumentos não-vinculativos de convergência (*soft convergence*) entre diferentes políticas nacionais (OLIVEIRA; FUJIWARA, 2006, p. 627). Por não estar vinculado a uma estrutura rígida, o modo de trabalho da ICN permite maior fluidez e rapidez nas trocas de ideias e experiências (GERBER, 2010, p. 115-116).¹³

A OCDE, por sua vez, esteve engajada em diversas tentativas para a criação de uma estrutura multinacional para cooperação e convergência concorrencial voluntária. Por meio do Comitê de Concorrência, dos Grupos de Trabalho e do Fórum Global de Concorrência, a OCDE promove importantes discussões sobre a política concorrencial, elabora guias de melhores práticas não-vinculativos e de recomendações para alinhamento entre as políticas de concorrência entre países membros e não-membros.¹⁴

Dentre os mecanismos utilizados pelo Comitê de Concorrência da OCDE, desponta a revisão pelos pares (em inglês, *peer review*). Por meio desta técnica, o país: (i) solicita um exame de seus sistemas de concorrência; (ii) elabora um estudo detalhado sobre os textos publicados (estatutos, regulamentos de implementação, decisões, declarações de política, diretrizes); (iii) realiza entrevistas com funcionários da autoridade solicitante e observadores externos à autoridade da concorrência (acadêmicos, associações empresariais, grupos de consumidores, outros órgãos governamentais); (v) ao fim do processo, apresenta-se a revisão por pares em uma das reuniões regulares do Comitê da Concorrência, oportunidade em que é permitida também a formulação de perguntas pelos países membros diretamente aos funcionários da autoridade solicitante (HOLLMAN; KOVACIC, 2011, p. 112-113).¹⁵

13 No âmbito de sua atuação, cumpre enaltecer alguns dos títulos desenvolvidos sobre concentrações: *Merger Guidelines Workbook*, *Merger Guidelines Report*, *Defining Merger Transactions for Merger Review*, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, *Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers*, *Recommended Practices for Merger Analysis* e *Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*.

14 Informações adicionais sobre o papel da OCDE no âmbito do direito da concorrência estão disponíveis em <https://www.oecd.org/competition/>.

15 Sobre este ponto, interessante notar que a política e legislação concorrencial brasileira já foi objeto de revisão pelos pares em três oportunidades: a primeira, em 2005 (doravante “Revisão pelos Pares de 2005”); em 2010, (doravante “Revisão pelos Pares de 2010” e, conjuntamente com a Revisão pelos Pares de 2005, as “Revisões pelos Pares de 2005 e 2010”) e, recentemente, em 2019, foi publicada uma nova análise sobre a legislação e política de concorrência do Brasil (doravante “Revisão

Para uma avaliação mais adequada sobre o controle de concentrações no Brasil, são necessárias algumas observações sobre a influência exercida pelo direito da concorrência norte-americano no direito da concorrência europeu e o processo de convergência entre os respectivos.

Historicamente, as políticas de defesa da concorrência dos Estados Unidos e da Europa são tidas como referências. Muito de seus fundamentos e conceitos foram trasladados a outras jurisdições para criação ou modificação de legislações de direito de concorrência. Neste diapasão, a política concorrencial brasileira possui elementos de ambos os sistemas.

Em linhas gerais, os modelos dos EUA e da UE tendem a produzir resultados similares. Ambos proíbem cartéis e fusões que resultam em comportamento anticoncorrencial, bem como condutas ou estruturas de fusão exploratórias dos consumidores. Entretanto, há uma incompatibilidade entre os modelos quando analisada a seara de práticas exclusionárias unilaterais (FOX, 2002, p. 459).

Os argumentos da Escola de Chicago que formaram o antitruste dos Estados Unidos também foram recebidos na Europa (GERBER, 2010, p. 194), de forma que o sistema europeu adotou características do sistema norte-americano e passou por transformações significativas.

A introdução do Regulamento n.º 139/2004 no ordenamento europeu foi considerada como um exemplo de convergência entre o direito da concorrência dos Estados Unidos e da Europa (MONTI, 2003). O novo regime europeu aproximou o método de diminuição substancial da concorrência norte-americano (introduzido em 1914 pelo artigo 7º do Clayton Act) e o método de análise de criação ou reforço de posição dominante europeu previsto no Regulamento (CEE) n.º 4064/1989, do Conselho da União Europeia, de 21 de dezembro de 1989 (doravante “Regulamento n.º 4064/1989”).

O artigo 7º do *Clayton Act* proíbe transações que possam ter por efeito uma “redução substancial da concorrência ou tendam a criar um monopólio”¹⁶. O item 3 do artigo 2º do Regulamento n.º 139/2004, por sua vez, indica que devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum “as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.”.

Da comparação entre as redações expostas acima denota-se uma convergência textual, visto que o regime europeu de controle de concentrações incorporou um elemento importante da sistemática norte-americana – a significativa redução de concorrência – como um critério substancial de análise, porém sem romper com o padrão vigente de criação ou reforço da posição dominante (SILVA, 2018, p. 1225).

pelos Pares de 2019”, e conjuntamente com Revisão pelos Pares de 2005 e Revisão pelos Pares de 2010, as “Revisões pelos Pares de 2005, 2010 e 2019”), como parte do processo para ingresso do Brasil como associado do Comitê de Concorrência da OCDE. Anteriormente, em 2000, a política concorrencial brasileira também havia sido objeto de estudo da OCDE, o que resultou na publicação do “Política de Concorrência e Reforma Regulatória no Brasil: um relatório do progresso” (doravante “Relatório de 2000”). Dada a sua complexidade e relevância para o aperfeiçoamento das práticas e políticas de defesa da concorrência no Brasil, esses relatórios contextualizados a partir de uma perspectiva histórica, apresentada nos tópicos seguintes.

16 No original: *may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.*

Outros dois pontos sobre a interação entre o direito concorrencial europeu e o norte-americano merecem destaque: em primeiro lugar, os Estados Unidos e a União Europeia, por meio da Comissão Europeia, são protagonistas no que tange aos acordos de cooperação em âmbito concorrencial, dado que figuraram como partes do primeiro acordo celebrado neste sentido, em 23 de setembro de 1991 (UNITED STATES, 1995)¹⁷. Além disso, essas jurisdições adotaram, em 2002, um guia de melhores práticas para cooperação na instrução de atos de concentração, atualizado em 2011 (US-EU MERGER WORKING GROUP, 2011).

A adoção desse guia contribui para a cooperação e solução de diferenças, estabelecendo uma convergência entre as autoridades envolvidas e o movimento de convergência entre os sistemas da Europa e dos Estados Unidos torna-se um exemplo muito positivo, de modo que essa convergência pode ser expandida e reproduzida pelas demais jurisdições que estejam consolidando o seu sistema de concorrência.

Em 2021, a ICN e OCDE lançaram um primeiro relatório em conjunto sobre cooperação internacional entre autoridades da concorrência, intitulado *Report on International Co-operation in Competition Enforcement*. De acordo esse estudo, houve um aumento na interação entre autoridades nacionais desde 2012, que trouxe benefícios significativos para a cooperação internacional, independentemente da influência e nível de maturidade das respectivas autoridades (OECD; ICN, 2021, p. 20).

4. A CONVERGÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

O Brasil é um dos poucos países emergentes que possui legislação concorrencial desde a década de 1960, quando foi criado o Cade¹⁸. Entretanto, em sua formação embrionária, o Cade integrava o Ministério da Justiça e possuía competência para reprimir abusos do poder econômico.

Durante as décadas de 1980 e 1990, a legislação concorrencial brasileira sofreu alterações¹⁹, as quais foram insuficientes para consolidar a política e a cultura de concorrência no Brasil, em vista da falta de incentivo governamental. Este cenário foi mudado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe novos incentivos à livre iniciativa e à política de concorrência mais efetiva, pela institucionalização da nova ordem econômica. A liberalização da economia brasileira e o esforço do governo em fortalecer a política concorrencial desencadearam elaboração da Lei n.º 8.884/1994, que elevou o patamar do Brasil na esfera concorrencial e o posicionou no contexto internacional de proliferação de legislações concorrenciais durante a década de 1990 (TODOROV; TORRES FILHO, 2012, p. 254).

Em termos substanciais, a principal novidade foi a introdução no regime brasileiro do controle obrigatório de estruturas. Embora a inovação tenha sido muito prestigiada, o sistema apresentava falhas e destoava em muitos aspectos das práticas internacionais.²⁰

17 Tal acordo prevê regras específicas de cooperação em vários aspectos para aplicação das respectivas legislações.

18 O Cade foi criado pela Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962.

19 Decreto n.º 92.323, de 23 de janeiro de 1986; Decreto n.º 93.083, de 7 de agosto de 1986; e Lei n.º 8.158/1991, de 8 de janeiro de 1991.

20 A Lei n.º 8.884/1994 foi essencial para o desenvolvimento do Brasil enquanto jurisdição de relevância no âmbito do direito da concorrência. Em termos estruturais, concedeu ao CADE o status de autarquia federal e conferiu ao órgão maior autonomia, atribuindo-se competências para a Secretaria de Direito Econômico (doravante “SDE”), do Ministério da Justiça e para a Secretaria de Acompanhamento Econômico (doravante “SEAE”), do Ministério da Fazenda. Fixou-se a competência do

Posteriormente, as recomendações feitas pela OCDE nas Revisões pelos Pares nos anos de 2005, 2010 e 2000 serviram como indicativo das mudanças que seriam necessárias no regime brasileiro de controle de concentrações para adequação aos padrões internacionalmente reconhecidos como eficientes.²¹ Neste diapasão, a adoção da Lei n.º 12.529/2011 modernizou a política concorrencial brasileira ao introduzir uma nova estrutura que atendesse às necessidades de um mundo globalizado, além de remodelar significativamente o controle de estruturas.

A Lei n.º 8.884/1994, apesar de sua relevância histórica, continha limitações técnicas no que tange à análise de fusões e aquisições. Neste ponto, por exemplo, é possível mencionar o controle de concentrações previsto nos artigos 54 e seguintes. A primeira limitação identificada diz respeito à abrangência da regra prevista no *caput* do artigo 54, que determinava a submissão ao Cade²² de todos os atos que pudessem limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou que pudessem resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Logo, qualquer ato minimamente restritivo à concorrência, enquadrado nos limiares de notificação previstos na legislação – e não apenas os atos definidos como concentração – seriam objeto de escrutínio pelo Cade²³.

Para além de tornar o sistema obscuro e sobrecarregar o órgão com análises de operações que tinham pouco ou nenhum efeito sobre o ambiente concorrencial brasileiro, esta regra não estava em consonância com as melhores práticas internacionais, as quais recomendavam a definição clara e expressa dos tipos de operações sujeitas ao controle pela autoridade da concorrência.

Digno de nota que, tanto a OCDE quanto a ICN recomendam que sejam definidos os tipos de operações empresariais incluídos no escopo de controle de concentrações. No intuito de promover a convergência, as jurisdições são aconselhadas a buscar examinar apenas aquelas que resultem em uma combinação durável de empresas (ou ativos) previamente independentes e que essa combinação tenha capacidade de afetar substancialmente a estrutura do mercado (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2018b, p.1-2).²⁴

Evidentemente, não se pretende, por meio das referidas recomendações, o estabelecimento de um conceito único de concentração que deverá ser obrigatoriamente adotado por todas as jurisdições que possuam um regime de controle de concentrações, uma vez que tal definição deve estar em consonância com o tamanho e estrutura dos mercados e com o desenvolvimento econômico de cada país – o que, por si só, é um obstáculo à construção de um conceito único (JENNY, 2015, p. 41). No caso brasileiro, as três análises conduzidas pela OCDE nos anos de 2000, 2005 e 2010 Cade para julgamentos os processos administrativos referentes a condutas anticompetitivas e para avaliar atos de concentração submetidos para aprovação. Conjuntamente, SDE, SEAE e Cade formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (doravante “SBDC”) e eram encarregados da política de defesa da livre concorrência no Brasil.

21 Muitas dessas mudanças foram introduzidas pela Lei n.º 12.529/2011, que substituiu a Lei n.º 8.884/1994, em 29 de maio de 2012.

22 Sob a vigência da Lei n.º 8.884/1994, os três órgãos do SBDC estavam envolvidos no controle de concentrações no Brasil.

23 Neste sentido, o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, de autoria conjunta da SEAE e SDE e publicado por meio da Portaria Conjunta n.º 50, de 1º de agosto de 2001, estipulava que o artigo 54 era aplicável a todo e qualquer tipo de ato ou acordo, tais como acordos explícitos ou tácitos, entre concorrentes do mesmo mercado; *joint-ventures* (que não impliquem a constituição de sociedade sob controle comum); acordos ou contratos de distribuição exclusiva; restrição territorial ou fixação de preços de revenda; ou outros acordos horizontais não classificados como concentração econômica. Entretanto, historicamente, concentrações corresponderam a maior parte dos casos notificados ao Cade, conforme observado pela OCDE no Relatório de 2000. (OECD, 2000).

24 Seguindo essa recomendação à risca, o item 20 do preâmbulo do Regulamento n.º 139/2004 dispõe que “o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controle das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado”.

apontaram que deveriam ser eliminadas as notificações ao CADE de operações que não consistissem em concentrações – e, por consequência, que a legislação deveria ser alterada para incluir o conceito de concentração para fins de controle.

No que tange à avaliação dos efeitos da concentração, o §1º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/1994 determinava que o Cade poderia autorizar os atos que atendessem alguma das seguintes condições, desde que cumulada com a distribuição equitativa dos benefícios entre as partes envolvidas e os consumidores: aumento de produtividade, melhoria de qualidade, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Estes critérios são associados àqueles previstos no item 3 do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante “TFUE”)²⁵.

Como é possível observar também a partir do *caput* do artigo 54, há a previsão de que o Cade deveria analisar os atos que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. Apesar de esta disposição ser uma tentativa de adoção do método de diminuição substancial da concorrência norte-americano previsto no artigo 7º do *Clayton Act*, a lei brasileira falhava ao não explicar o significado de redução significativa de concorrência.

Desse modo, o sistema da Lei n.º 8.884/1994 falhava ao não introduzir um método específico para análise de concentrações econômicas (uma vez que todas as disposições legais se referiam aos atos de forma geral), seja o método europeu de reforço ou criação de posição dominante ou o norte-americano de redução substancial de concorrência (BOTTA, 2011, p. 140). Esse ponto também foi questionado pela OCDE nas Revisões dos Pares de 2005 e 2010, que recomendou ao Brasil a alteração legislativa para esclarecimento do padrão por meio do qual a legalidade dos atos de concentração deveria ser avaliada.²⁶

A introdução da Lei n.º 12.529/2011 atendeu satisfatoriamente as questões expostas acima. Em primeiro lugar, sanou o problema de ausência de clareza da definição de atos de concentração ao elencar, em seu artigo 90, as hipóteses de concentração que devem ser obrigatoriamente apresentadas ao Cade²⁷. Além de conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, o artigo 90 também endereça as recomendações feitas pela ICN de que as jurisdições devem definir os tipos de operação incluídos no escopo do controle de concentrações, estabelecendo critérios claros e objetivos para tanto (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2018b, p. 6), e bem como da OCDE.

Aliás, a nova lei avança ainda mais no sentido da convergência ao incluir no referido dispositivo hipóteses de concentração similares àquelas elencadas no Regulamento n.º 139/2004²⁸. Esse alinhamento foi um passo importante para colocar o Brasil em sintonia com o regime de controle de concentrações da Europa e de diversas outras jurisdições.

O método substantivo utilizado na apreciação das concentrações sofreu mudanças relevantes: diferentemente do que era previsto na Lei n.º 8.884/1994 – uma concentração poderia

25 Antigo artigo 81º do Tratado de Comunidade Europeia.

26 De todo modo, é possível concluir que o sistema de controle de estruturas da Lei n.º 8.884/1994 apresentava similaridades tanto com o sistema dos Estados Unidos quanto com o europeu, o que demonstra uma forma de convergência do sistema brasileiro de controle de estruturas, ainda que incipiente e deficiente, em relação aos dois regimes mais experientes à época.

27 Quais sejam: (i) fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes; (ii) aquisição de controle unitário ou compartilhado, ou partes de uma ou outras empresas; (iii) incorporação de uma empresa por outra; ou (iv) celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

28 E.g. notificação obrigatória de fusões de empresas anteriormente independentes, aquisição de controle e constituição de *joint venture*.

ser bloqueada se limitasse a livre concorrência ou se resultasse na dominação do mercado relevante, sendo a dominância associada ao critério fixo de 20% de participação de mercado, ainda que não fosse possível a tais empresas impor preços no mercado –, a Lei n.º 12.529/2011,²⁹ de forma mais objetiva, apresenta uma forma de avaliação empírica da dominância e busca analisar se a empresa é capaz de alterar as condições de mercado (RIBEIRO, 2016, p. 207-208).

Ainda nesta temática, importa destacar as semelhanças entre as condições para aprovação de concentrações na Lei n.º 12.529/2011 e no Regulamento n.º 139/2004. Assim como o regime europeu de controle de concentrações, o regime brasileiro passou pelo processo de aproximação ao critério norte-americano de análise de redução substancial de concorrência, de modo que o §5º do artigo 88 da Lei n.º 12.529/2011 estabelece que serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

A autorização das concentrações proibidas pela regra supramencionada pode ocorrer diante da melhora de qualidade ou a propiciação de eficiências e desenvolvimento tecnológico ou econômico como condições para aprovação de um ato de concentração, desde que qualquer hipótese seja cumulada com o repasse de parte relevante dos benefícios aos consumidores³⁰.

É possível notar, ainda, segundo entendimento de César Mattos (2018, p. 50-52), que a Lei n.º 12.529/2011 afasta-se ligeiramente da concepção consumerista da legislação anterior, que impunha a distribuição equitativa dos benefícios entre partes envolvidas e consumidores, e entende ser suficiente o repasse aos consumidores de uma parte relevante dos benefícios decorrentes do ato de concentração.

5. CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO DE CONCENTRAÇÕES PREVISTOS NAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS

Sob a égide da Lei n.º 8.884/1994, os critérios específicos para notificação mandatória das concentrações econômicas eram elencados no §3º do artigo 54³¹: qualquer fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercício de controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que resultasse em participação superior a 20% em determinado mercado relevante, ou quando algum participante tivesse obtido faturamento bruto igual ou superior a R\$ 400 milhões no ano anterior à operação. As críticas apontadas a tais critérios serão abordadas a seguir.

5.1 Critério de Faturamento e o nexa local

Sob a Lei n.º 8.884/1994, uma das hipóteses de notificação obrigatória de atos de concentração incidia quando qualquer das partes da operação tivesse registrado faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400 milhões. Em linhas gerais, o principal problema decorrente desta previsão era

29 O §2º do artigo 36 da Lei n.º 12.529/2011 estabelece que a posição dominante é presumida quando um agente ou grupo de agentes é capaz de alterar as condições do mercado, unilateral ou coordenadamente, ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia (BRASIL, 2011).

30 §6º do artigo 88 da Lei n.º 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

31 Conforme alteração pela Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

a falta de nexos entre a operação objeto de notificação e o exame pelo Cade.

Por muito tempo, interpretou-se a regra de forma a considerar o faturamento registrado no mundo por qualquer das partes envolvidas na concentração. Desse modo, qualquer empresa (ou grupo econômico) que tivesse registrado faturamento mínimo de R\$ 400 milhões no ano anterior à concentração, independentemente de aferição em território nacional, era obrigada a submeter notificação ao Cade, ainda que os efeitos no mercado brasileiro fossem indiretos.

Ao fundamentar a interpretação no faturamento global, a legislação não contemplava nexos suficientes entre a concentração e a competência pelo Cade para apreciação desta. Por ser incompatível com as recomendações da OCDE e da ICN sobre o tema, o uso do critério de faturamento global pelo Cade foi criticado pela OCDE, que recomendou a alteração do critério para limitá-lo ao faturamento registrado apenas no Brasil (OECD, 2000, p. 132).

A OCDE indica que devem ser evitadas imposições de ônus desnecessários às partes envolvidas na concentração e a terceiros, sendo uma dessas formas, a exigência de nexos apropriados entre concentração e jurisdição para afirmação de competência para apreciação (OECD, 2005, p. 10). A ICN, por sua vez, desenvolve os preceitos da OCDE e recomenda que os critérios que determinam a obrigatoriedade de notificação devem ter elementos que conectem significativamente e economicamente a operação e a jurisdição revisora, a exemplo do uso de vendas ou ativos locais. Ademais, prescreve que uma das formas de se estabelecer tal nexos leva em conta as atividades desenvolvidas em território nacional por pelo menos duas partes envolvidas na operação (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2018b, p. 4).

Em resposta à OCDE e seguindo o direcionamento da ICN, o Cade, em 2005, revisou sua jurisprudência a respeito do faturamento utilizado para fins de obrigatoriedade de notificação de atos de concentração e passou a considerar o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupos de empresas envolvidas no ato de concentração (BRASIL, 2005, p. 7). Essa alteração, contudo, não foi incluída imediatamente na legislação em vigor à época, o que foi percebido pela OCDE, que por sua vez recomendou a alteração legislativa (2005, p. 114).

Muito embora a mudança de interpretação pelo Cade tenha aprimorado a questão do nexos local ao delimitar o faturamento das partes ao registrado no Brasil, a obrigatoriedade de notificação incidia ainda que somente uma das partes acionasse o critério de faturamento. As análises conduzidas pela OCDE sobre a política concorrencial brasileira foram unânimes ao recomendar a alteração do regime de controle de concentrações para estabelecer critérios de notificação com base no faturamento nacional tanto da maior quanto da menor empresa envolvida na operação, no intuito de se caracterizar um nexos apropriado para avaliação da concentração pelo Cade em 2000, em consonância com as recomendações da ICN e da OCDE anteriormente indicadas.

A partir dessas recomendações é que a modernização da política de defesa brasileira contemplada na Lei n.º 12.529/2011 foi capaz de solucionar esta fragilidade ao impor o critério de faturamento a pelo menos duas das partes envolvidas em uma operação, como critério de avaliação quanto à necessidade de submissão da concentração ao Cade. Assim, o seu artigo 88 elenca, como um dos critérios de notificação mandatória, que os grupos econômicos das empresas envolvidas na operação devem ter registrado faturamento bruto anual no Brasil, no ano anterior à operação, de



pelo menos R\$ 750 milhões, de um lado, e R\$ 75 milhões de outro³².

O novo critério de faturamento trouxe consequências valiosas para o controle de concentrações. Em primeiro lugar, verificou-se a otimização da atuação da autoridade e direcionamento de recursos para os casos que tinham o condão efetivo ou potencial de afetar o mercado brasileiro. A consequência imediata foi a dispensa de notificação de operações concorrencialmente irrelevantes para o mercado brasileiro, a redução do número de concentrações apresentadas e a diminuição do prazo de revisão e conclusão dos casos.

Além disso, ao vincular a obrigatoriedade da notificação ao faturamento das partes no Brasil - enquanto um critério objetivamente quantificável - a política brasileira deu um importante passo na direção da convergência de critérios de notificação entre jurisdições pelo mundo.

Assim como o Brasil, diversos membros da OCDE (31 países em 2013) foram influenciados pelas recomendações da OCDE e da ICN, e adotaram faturamentos ou valores de ativos no mercado doméstico de uma ou mais das empresas envolvidas na concentração como critério de notificação, com o propósito de fortalecer o nexo local (OECD, 2013, p. 6). Nessa esteira, cumpre mencionar que a recente Revisão pelos Pares de 2019 (OECD, 2019, p. 17) propõe adoção de patamares mais elevados de faturamento das partes, com o objetivo de reduzir o número de notificações atualmente elevado de operações que não suscitam preocupações concorrenciais.

5.2 Critério de quota de mercado da Lei n.º 8.884/1994

Além do critério de faturamento, a Lei n.º 8.884/1994 também previa notificações obrigatórias com base em quota de mercado (i.e., no caso de a concentração resultante ser superior a 20% do mercado relevante). A inclusão deste parâmetro revela duas preocupações do legislador: (i) a possibilidade de concentração de mercado e o conseqüente exercício ou aumento abusivo de poder de mercado e (ii) a presunção relativa de que a detenção de 20% de quota de mercado seria suficiente para configurar poder de mercado (ZANCHETTA, 2018, p. 78-79).

Ao incluir a participação de mercado como critério de notificação, a legislação brasileira delegava às partes da concentração, em etapa anterior à notificação, a árdua tarefa de definir o(s) mercado(s) relevante(s) afetado(s) e aferir participações de mercado das empresas. Em momento posterior e já durante a etapa de instrução, o Cade revisitava a definição de mercado, podendo ou não concordar com a apresentada pelas partes, e analisava o nível de concentração de mercado a partir das quotas de mercado detidas pelas partes e respectivos concorrentes, podendo o exame seguir as etapas seguintes indicadas no Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal de 2001 (CADE, 2001).

Em primeiro lugar, o que se observa era a execução do trabalho de definição de mercado relevante e aferição de participação de mercado em duplicidade: primeiro pelas partes e, posteriormente, pelo Cade, incorrendo em maiores custos e em maior tempo de análise. Além disso, o trabalho realizado pelas partes não era destinado à análise substantiva dos efeitos concorrenciais da concentração no mercado, mas apenas para verificar se a operação era de apreciação obrigatória pelo Cade. Em segundo lugar, o uso de quota de mercado como critério de notificação não estava de

³² Os valores originalmente previstos na Lei n.º 12.529/2011 eram de R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões, mas foram atualizados pela Portaria Interministerial 994/2012, nos termos do artigo 88, §1º.

acordo com os princípios acordados pela comunidade antitruste internacional de que os requisitos de notificação devem ser objetivamente quantificáveis.

A ICN entende que um sistema de notificação obrigatória baseado em quotas de mercado impõe diversas dificuldades e custos na análise das concentrações, além da incerteza e possíveis atrasos causados pela falta de objetividade do parâmetro. Segundo a ICN, critérios baseados em quotas de mercado não são objetivos e não devem ser utilizados como limiar para obrigatoriedade da notificação (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2008, p. 10), na medida em que a definição de mercado relevante está sujeita a diversas divergências entre partes e autoridades da concorrência. Em consonância com a ICN, a Revisão pelos Pares de 2005 e a Revisão pelos Pares de 2010, reforçando a observação já feita no Relatório de 2000, recomendaram a alteração da legislação brasileira no sentido de eliminar o critério de notificação com base em quota de mercado.

O novo regime de controle de concentrações instituído pela Lei n.º 12.529/2011 eliminou a exigência de submissão de atos de concentração fundada no critério de quota de mercado. A mudança de paradigma consistente na substituição de um critério dotado de características subjetivas por um critério objetivamente quantificável e acessível (faturamento registrado por ambas as partes no Brasil) foi importante para o reconhecimento do Brasil como uma jurisdição atenta aos princípios de convergência estabelecidos pela OCDE e pela ICN e com intenção de alinhar a política nacional às melhores práticas internacionais.

Outro efeito da supressão do critério da quota de mercado foi o deslocamento da etapa de definição de mercado para o momento posterior à notificação e como parte das etapas percorridas pelo Cade na análise concorrencial, o que parece ser mais adequado às recomendações internacionais e demais sistemas de controle de concentração.

A título complementar, nota-se uma crítica relacionada à eliminação do critério de quota de mercado: Roberto Taufick (2017, p. 550) ensina que contar exclusivamente com o critério duplo de faturamento incorre no risco de se permitir que operações com efeitos anticompetitivos não sejam notificadas, já que nem sempre é assertiva a presunção de que somente as empresas com faturamentos expressivos possuem poder de mercado.

Exemplo disso são as fusões e aquisições ocorridas nos mercados digitais, que podem escapar à análise pelas autoridades da concorrência por não atingirem os limiares mínimos de faturamento, como ocorreu na aquisição do *WhatsApp* pelo *Facebook*³³, uma vez que o *WhatsApp* não registrou faturamento suficiente para atingir a obrigatoriedade da notificação, muito embora o vultoso valor na ordem de USD 19 bilhões tenha saltado aos olhos do mercado. Apesar de não atingir os critérios de faturamento, a aquisição foi submetida à análise pela Comissão Europeia por decorrência do princípio do balcão único, pois atingia critérios de notificação com base em quotas de mercado previstos nas legislações de Portugal e Espanha e no critério de *share of supply* do Reino Unido (SILVA, 2018, p. 1187-1188; VISSER, 2017, p. 32; ARRUDA, PINEDO; MONDECK, 2018, p. 46-47).

A discussão suscitou pronunciamentos de Margrethe Vestager, então comissária responsável pela política de concorrência da Comissão Europeia, no sentido de que eram necessários estudos que analisassem a necessidade de eventuais alterações do regime europeu para que pudesse capturar fusões e aquisições realizadas nos mercados digitais, enfatizando que nem sempre o que importa numa transação é o faturamento da empresa-alvo, principalmente em um mundo que hoje lida com

33 Decisão da Comissão Europeia, 3.10.2014, M.7217 - Facebook/WhatsApp.



ativos intangíveis, como dados pessoais de clientes (VESTAGER, 2016, p. 4)³⁴.

A discussão sobre a suficiência dos critérios de notificação para operações nos mercados digitais também chegou no Brasil. Por ora, conforme opinião do Cade (2019), dispensam-se adaptações legislativas, na medida em que se permite ao Cade a submissão de qualquer operação, ainda que não seja uma concentração econômica ou que não atinja os critérios de faturamento, no prazo de um ano a partir da consumação do negócio³⁵. Essa previsão permite a revisão de qualquer operação que possa vir a prejudicar o mercado.

O fato de contar com a mencionada cláusula guarda-chuva não afasta o Cade das discussões sobre a temática. A questão sobre alteração das legislações concorrenciais para abarcar fusões e aquisições nos mercados digitais foi colocada em pauta por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul. Possível perceber que esse tema tende a ser objeto de discussões futuras sobre direito da concorrência e economias digitais. Diante do protagonismo assumido, há razões para acreditar que o Brasil participará ativamente nos debates que virão.

Por ora, fica o questionamento sobre qual será o posicionamento do Brasil diante da recomendação feita na Revisão pelos Pares de 2019, segundo a qual o Brasil deveria estudar a introdução de um novo critério de notificação baseado no valor dos ativos envolvidos na operação – seguindo diversos países membros da OCDE – no intuito de adequar o regime aos desafios impostos pelos mercados digitais (OECD, 2019).

5.3 Timing da notificação: do controle ex post ao controle ex ante

Com relação ao prazo para notificação, o regime da Lei n.º 8.884/1994 exigia a apresentação de concentrações previamente ou em até 15 dias úteis após a realização da operação, sob pena de multa por intempestividade da notificação³⁶. Assim, o negócio poderia ser inteiramente consumado³⁷ antes da avaliação concorrencial dos efeitos pelo Cade.

O Brasil era uma das poucas jurisdições que adotava o sistema de notificação a posteriori, que carecia de efetividade por diversos motivos, dentre os quais: a) longa duração da tramitação dos atos de concentração (OECD, 2010, p. 8); b) falta de consequências para o não cumprimento do prazo de 30 dias para a SDE quanto para a SEAE para emissão de seus respectivos pareceres; c) falta de incentivo às partes para acelerar o processo e prestar de imediato todas as informações necessárias para a análise.

O sistema afastava do Cade a liberdade de tomar decisões desfavoráveis à concentração, como o bloqueio total ou a imposição de remédios restritivos, diante dos elevados custos sociais que poderiam resultar de tais atos (FORGIONI, 2010, p. 442). O desfazimento de uma operação que não era aprovada ou a imposição de desinvestimentos ao negócio já integrado configuravam tarefas

³⁴ A situação criada também incentivou a alteração dos critérios de notificação previstos nas leis da Alemanha e da Áustria para capturar fusões e aquisições que antes não se enquadravam nos critérios de análise das referidas jurisdições. Ambas passaram a contar com o critério de *size-of-transaction*, muito difundido pelo direito antitruste norte-americano. Assim, as operações empresariais cujos valores superem EUR 400 milhões, no caso alemão, e EUR 200 milhões, na Áustria, devem ser notificados às autoridades de concorrência.

³⁵ §7º do artigo 88, da Lei n.º 12.529/2011.

³⁶ §§4º e 5º do artigo 54, da Lei n.º 8.884/1994.

³⁷ E.g: integração das empresas, sistemas e departamentos, venda de ativos, ingerência direta de uma parte sobre a outra, entre outros atos.

demasiadamente complexas e que afetavam diversas esferas. A aquisição da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé do Brasil Ltda³⁸ (BRASIL, 2004) exemplifica esse problema: a operação foi notificada ao Cade em 2002, sem que houvesse decisão de veto, em razão da incidência de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), ocorrida dois anos após a notificação. As discussões e tentativas de solução do caso estendem-se até os dias atuais (DANTAS, 2016, p. 1; FUSÃO, 2018).

A dificuldade relacionada ao desfazimento de uma concentração já consumada parece justificar as apenas nove decisões de rejeição ou veto de atos de concentração³⁹ durante os quase 18 anos de vigência da Lei n.º 8.884/1994, muito embora o Cade defenda que o reduzido número decorra de sua preferência pela adoção de remédios que preservariam os ganhos de eficiência e economias de escala decorrentes das operações. A adoção de um número maior de remédios comportamentais do que estruturais durante a vigência da Lei n.º 8.884/1994 (e.g., entre 2007 e 2008, foram impostos 18 remédios comportamentais e 12 remédios estruturais) também é colocada como um efeito da complexidade relacionada ao desfazimento da integração dos negócios (OECD, 2010, p. 10).

Nesse sentido, apesar de a experiência em outros países indicar que as restrições estruturais seriam mais eficazes do que as comportamentais, pelo menos nos casos de concentrações horizontais (JENNY, 2015, p. 41), o Cade, diante de dois atos de concentração paradigmas e dotados de complexidades únicas – casos Colgate/Kolynos (BRASIL, 1996) e AmBev (BRASIL, 2000, p. 5) – ambos resultando em elevados níveis de concentração de mercado, aprovou as concentrações com pontuais restrições de natureza comportamental e, especificamente no caso AmBev, limitado desinvestimento (TODOROV; TORRES FILHO, 2012, p. 254-255; OECD, 2000).

A Lei n.º 12.529/2011 transformou profundamente o timing das notificações ao instituir o regime de análise prévia de atos de concentração, o que tinha sido recomendado pela OCDE. Com efeito, a aprovação do Cade passou a ser condição para consumação dos atos de concentração, de forma que o fechamento antecipado sujeita as partes à prática de gun jumping e consequente imposição de multa entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões, além de outras punições também previstas no §3º do artigo 88 da Lei n.º 12.529/2011⁴⁰.

A União Europeia e os Estados Unidos também adotam o sistema de controle prévio dos atos de concentração. O antitruste norte-americano é o precursor dessa forma de análise, instituída em 1976 pelo Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act e que deu origem ao federal premerger notification program. Já a adoção da análise prévia na Europa é mais recente – foi instituído apenas em 2004, pelo Regulamento n.º 139/2004 – antes disso, a notificação poderia ser apresentada em até sete dias após a concretização da operação (ROQUE, 2012, p. 91-92).

A introdução do regime de análise prévia no Brasil resultou na significativa redução do tempo médio de análise dos atos de concentração. Essa conquista se deve, primordialmente, a três fatores:

38 Caso Nestlé/Garoto (Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89).

39 Considerando casos julgados entre 1994 e 2011, visto que a Lei n.º 12.529/2011 entrou em vigor em 29 de maio de 2012, temos os seguintes casos julgados: Albarus/Rockwell do Brasil (Ato de Concentração n.º 1/994), Eternit/Brasilit (Ato de Concentração n.º 6/1994), Grupo Gerdau/Korf (Ato de Concentração n.º 16/1994), Usina Nova América (Ato de Concentração n.º 08012.004117/1999-67), Brasil Álcool e Bolsa do Álcool (Ato de Concentração n.º 08012.002315/99-50), Nestlé/Garoto (Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89), Saint-Gobain/Owens Corning (Ato de Concentração n.º 08012.001885/2007-1), Unimed Santa Maria/Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo (Ato de Concentração n.º 08012.008853/2008-2) e Polimix/Cimento Tupi (Ato de Concentração n.º 08012.002467/2008-22).

40 Por exemplo, o Cade poderá declarar o ato nulo e instaurar processo administrativo para apuração das condutas das partes.

(i) à diminuição de atos de concentração submetidos ao Cade, devido à previsão de critérios de notificação mais específicos e concisos; (ii) à condução de uma análise mais qualificada pelo Cade, resultado da expertise adquirida ao longo dos anos; e (iii) à previsão legal quanto à duração máxima da tramitação de um processo de ato de concentração no Cade⁴¹.

A exigência de aprovação prévia também fomentou o interesse das partes do ato de concentração em prontamente fornecer todas as informações necessárias para avaliação concorrencial do caso. Passou-se, portanto, de um cenário em que as partes tentavam postergar o controle estrutural ao máximo, ao cenário em que o fornecimento de informações completas significa maior celeridade na análise e aprovação do ato de concentração.

A despeito da aplicação de remédios, a nova estrutura possibilitou ao Cade priorizar a adoção de remédios estruturais nas concentrações que apresentam problemas concorrenciais, uma vez que a opção de desinvestimento passou a ser mais factível. Os remédios comportamentais passaram a ser aplicados de forma remanescente, devendo ser utilizados na ausência de efetividade do remédio estrutural (CADE, 2018).

O Guia de Remédios lançado pelo Cade em 2018 ressalta a necessidade de interação entre o Cade e autoridades da concorrência internacionais na definição de remédios ao lidarem com atos de concentração globais com efeitos negativos em múltiplas jurisdições. Aliás, é reconhecida a possibilidade de adoção dos mesmos remédios já aplicados por outras autoridades, desde que mantidas as obrigações a respeito do território brasileiro (CADE, 2018). Assim, o Brasil aproxima-se das outras jurisdições ao adotar remédios estruturais mais efetivos e com menores custos de monitoramento, fortalecendo a cooperação internacional.⁴²

A exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, a Lei n.º 12.529/2011⁴³ prevê um período de espera (em inglês, *waiting period*) após a aprovação do ato de concentração, durante o qual a operação não pode ser implementada. No caso brasileiro, dentro do prazo de 15 após a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral do Cade, terceiros interessados podem recorrer ao Tribunal Administrativo, ou o próprio Tribunal Administrativo pode avocar o caso para uma análise complementar.

6. CONCLUSÃO

Em que pese inexistir um sistema internacional unificado, muitas foram as propostas para atendimento da necessidade de uniformização. Desde as tentativas de negociações multilaterais, no âmbito da Carta de Havana de 1948, até propostas mais recentes nas décadas de 1990 e 2000, nenhuma prosperou. Todas esbarravam em questões relacionados a poder de decisão e soberania.

⁴¹ No que tange ao item (iii) acima, o parágrafo §52º e 9º do artigo 88 prescreve que o controle dos atos de concentração deverá ser realizado no prazo de 240 dias, contados do protocolo da notificação ou de sua emenda, prorrogáveis uma única vez por 60 dias, a pedido das partes, ou por 90 dias, por meio de decisão fundamentada do Tribunal Administrativo (CARVALHO; LIMA, 2012). Assim, o período máximo para apreciação dos atos de concentração é de 330 dias. Em caso de não cumprimento deste prazo, o ato de concentração é tacitamente aprovado, nos termos do artigo 132 do Regimento Interno do Cade.

⁴² Digno de nota a ponderação feita pelo Conselheiro Paulo Burnier, na ocasião do julgamento da aquisição global da Monsanto Company pela Bayer Aktiengesellschaft sobre a cooperação internacional a nível da negociação de remédios: “A cooperação internacional é, assim, um mecanismo-chave para a produção de remédios eficientes (custo), eficazes (resultado) e efetivos (impacto) no controle de fusões internacionais” (BRASIL, 2018, p. 10).

⁴³ Artigo 65, da Lei n.º 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Diante de uma necessidade de uniformização das formas e dos critérios para análise de operações transnacionais, a aplicação unilateral do direito da concorrência nacional perde espaço. Novos mecanismos de governança global ganham relevância. A tendência atual se direciona para a elaboração de critérios e formas de avaliação mais ou menos comuns e flexíveis, a partir das experiências de países cujo direito concorrencial já se encontra bem consolidado. Essas experiências são gradativamente incorporadas pelas demais jurisdições, auxiliadas por associações e organismos internacionais, como a ICN e a OCDE.

Há evidência de que o Brasil está cada vez mais imerso nessa tendência uniformizadora, especialmente a partir da promulgação da Lei n.º 12.529/2011, que incorporou as recomendações feitas pela OCDE no âmbito das Revisões pelos Pares de 2005 e 2010. O grande avanço foi o estabelecimento de critérios mais objetivos sobre o método aplicável na análise dos efeitos da concentração, de modo a limitar o alcance das concentrações sujeitas a controle e definir as espécies de operações empresariais. Dessa forma, proibiu-se a realização de atos que impliquem eliminação substancial de concorrência em mercado relevante, que possam criar ou reforçar posição dominante ou dominação de mercado.

Pela análise do texto legal, conjugado com o histórico de influência da legislação concorrencial europeia, possível concluir que o método para análise de concentrações adotado pela Lei n.º 12.529/2011 brasileira converge com o Regulamento n.º 139/2004 europeu. Ressalta-se que o novo método europeu é resultado de um processo de convergência com o critério de redução significativa de concorrência dos Estados Unidos. Neste sentido, o método de análise atualmente conduzido pelo Cade é resultado de incorporação da convergência.

Reconheceu-se a eficiência do método de análise utilizado na Europa e a sua possibilidade de adaptação à realidade brasileira, inclusive como consequência da implementação descentralizada de processos e padrões substantivos que possam resolver problemas concorrenciais específicos.

Os aspectos formais do sistema brasileiro de controle de concentrações também foram profundamente alterados. Para assentar a questão do nexo local, passou-se a exigir a obrigatoriedade de notificação quando o critério de faturamento for acionado por pelo menos duas partes da operação. Dessa forma, evita-se a notificação de operações que não afetam significativamente o mercado nacional. Além disso, eliminou-se o critério subjetivo de notificação fundamentado em quota de mercado, optando-se pelo critério objetivo baseado no faturamento das partes. Ambas as alterações foram recomendadas nas Revisões pelos Pares de 2005 e 2010 e alinhadas com guias de melhores práticas da ICN e da OCDE.

Outra modificação de relevo foi a adoção da notificação prévia à consumação da operação. Além dos benefícios consistentes na diminuição do tempo de análise dos casos, a notificação *ex ante* permitiu ao Cade maior aderência aos remédios estruturais, em conformidade com o padrão internacional. Permitiu-se ainda a análise de operações simultâneas pelas autoridades de outras jurisdições, de modo a estreitar as relações entre o Cade e autoridades internacionais.

O arcabouço histórico explorado neste trabalho demonstra a evolução do regime de concentrações brasileiro no sentido de se adequar às práticas promovidas por organizações, associações e por autoridades da concorrência internacionalmente relevantes, como *FTC*, *DOJ* e *Comissão Europeia*. Atualmente, o Cade exerce papel de relevância entre as autoridades de concorrência da América Latina, cujo pioneirismo serviu como referência para alterações nas



legislações de concorrência da Argentina e a introdução do regime de controle de concentrações no Peru.

O empenho do Brasil na promoção de cooperação internacional foi reconhecido pela Revisão pelos Pares de 2019. A análise também destacou a participação do Brasil em fóruns de concorrência internacional e nos grupos de trabalho da ICN, além de ressaltar o grande número de atos de concentrações globais em que houve cooperação entre o Cade e outras autoridades (OECD, 2019). A aprovação do Brasil como membro permanente do Comitê de Concorrência da OCDE deverá contribuir para o fortalecimento de sua posição no cenário internacional do direito da concorrência. Em vista da evolução apresentada pelo Brasil no campo do controle de concentrações, pode-se afirmar que se trata de um exemplo de sucesso de convergência.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento; PINEDO, Paula; MONDECK, Luísa Pereira. Antitrust law & innovation: digital markets involving disruptive technology and antitrust analysis. In: MACEDO, Agnes et al (org.). **Mulheres no Antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. p. 34-47. Disponível em: <https://bit.ly/3vcdoXw>. Acesso em: 06 fev. 2022.

BOTTA, Marco. **Merger control regimes in emerging economies: a case study on Brazil and Argentina**. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice**. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/brics-in-the-digital-economy/brics-digital-economy-cade.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília: CADE, 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemd. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 0027/1995. K e S Aquisições Ltda. e Kolinos do Brasil S.A.** Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado. Brasília, DF, 18 de setembro de 1996. Diário Oficial da União. Brasília, 27 set. 1999.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 08012.005846/1999-12.** Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos. Companhia Cervejaria Brahma. Relatora: Conselheira Hebe Romano. Brasília, DF, 3 de março de 2000. Diário Oficial da União. Brasília, 11 abr. 2000.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89.** Nestlé Brasil Ltda. Chocolates Garoto S.A. Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Brasília, DF, 4 de fevereiro de 2004. Diário Oficial da União. Brasília, 10 fev. 2004.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 08012.002992/2004-**

14. Krone Internacional Holding, Inc. ADC Telecommunications, Inc. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Pfeiffer. Brasília, DF, 19 de janeiro de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 24 fev. 2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 08700.001097/2017-49**. Bayer Aktiengesellschaft. Monsanto Company. Relator: Conselheiro Paulo Burnier. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 16 fev. 2018. Voto do Conselheiro-Relator. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPgktJiAjvbD7pLY4_HQMtl-Q84uZ-Qlms8xziOzDMI6nMzuTq_SfG0jBqkOgplCgToWlJc8G1_V0lkc_9wr0U. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 13 jun. 1994. Seção 1, p. 8437.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1 dez. 2011. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1 de agosto de 2001**. Brasília: Ministério da Fazenda, 2001. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view. Acesso em: 06 fev. 2022.

BUDZINSKI, Oliver. **The governance of global competition**: competence allocation in international competition policy. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008.

CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A nova lei de defesa da concorrência brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. **Publicações da Escola da AGU**: a nova lei do CADE, Brasília, n. 19, p. 7-34, jul. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/74>. Acesso em: 06 fev. 2022.

CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p. 97-103. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/2420/pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

CHENG, Thomas K. Convergence and its discontents: a reconsideration of the merits of convergence of global competition law. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, v. 12, n. 2, p. 433-490, 2012. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol12/iss2/4>. Acesso em: 06 fev. 2022.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). **Processo T210/01:General Electric Company Contra Comissão das Comunidades Europeias**. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção alargada) de 14 de Dezembro de 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62001TJ0210>. Acesso em: 21 abr. 2022.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). **Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004**, relativo ao controlo das concentrações de empresas, J.O. L 24, de 29.1.2004.

DANTAS, Iuri. Com nova proposta, Cade volta a julgar Nestlé-Garoto 12 anos depois de reprovar operação.



Jota, 20 maio 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/com-nova-proposta-cade-volta-julgar-nestle-garoto-12-anos-depois-de-reprovar-operacao-20052016>. Acesso em: 06 fev. 2022.

DAVIES, John; CAPOBIANCO, Antonio; ENNIS, Sean F. Implications of globalisation for competition policy: the need for international cooperation in merger and cartel enforcement. **E15Initiative**, Genebra, jan. 2016. Disponível em: <http://e15initiative.org/publications/implications-of-globalisation-for-competition-policy-the-need-for-international-cooperation-in-merger-and-cartel-enforcement/>. Acesso em: 06 fev. 2022.

EZRACHI, Ariel. Merger control and cross-border transactions: a pragmatic view on cooperation, convergence and what is in between. In: MARSDEN, Philip (Ed.). **Handbook of research in Trans-Atlantic antitrust**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 622-640.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOX, Eleanor M. Mergers in Global Markets: GE/Honeywell and the Future of Merger Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, v. 23, n. 3, p. 457-468, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=jil>. Acesso em: 06 fev. 2022.

FUSÃO de Nestlé e Garoto pode voltar ao Cade. 2018. **Exame**, São Paulo, 20 set. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/fusao-de-nestle-e-garoto-pode-voltar-ao-cade/>. Acesso em: 06 fev. 2022.

GERBER, David J. **Global Competition: Law, Markets, and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **The global transformations reader**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2003.

HOLLMAN, Hugh M.; KOVACIC, William E. **The International Competition Network: its past, current and future role**. In: LUGARD, Paul (ed.). **The International Competition Network at Ten: origins, accomplishments and aspirations**. Cambridge: Intersentia, 2011. p. 51-91.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Recommended practices for merger notification and review procedures (2002-2018)**. 2018b. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf. Acesso em: 06 fev. 2022.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Setting notification thresholds for merger review**. Kyoto: International Competition Network, 2008. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_SettingMergerNotificationThresholds.pdf. Acesso em: 06 fev. 2022.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **What is the ICN?** 2018a. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>. Acesso em: 06 fev. 2022.

JANOW, Merit E.; RILL, James F. The origins of the ICN. In: LUGARD, Paul (ed.). **The International Competition Network at Ten: origins, accomplishments and aspirations**. Cambridge: Intersentia, 2011. p. 21-37.

JENNY, Frédéric. Substantive convergence in merger control: an assessment. **Concurrences Review**, v. 1, p. 21-41, jan. 2015. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2015/law-economics/substantive-convergence-in-merger-control-an-assessment>. Acesso em: 06 fev. 2022.

KAMPOURIDI, Ioulia. Arguments for the EU-US convergence and against a global merger control regime. **World Competition**, v. 38, n. 1, p. 107-132, 2015.

MATTOS, César Costa Alves de. Um pouco da história da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018. p. 39-52.

MONTI, Mario. **EU competition policy after May 2004**. Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. Nova York, 24 out. 2003. Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-489_en.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas. Competition policy in developing economies: the case of Brazil. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 26, n. 3, p. 619-642, 2006. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1637&context=njilb>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition Law and Policy in Brazil: a peer review**. Paris: OECD Publications, 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/35445196.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition law and policy developments in Brazil. **OECD Journal of Competition Law and Policy: Competition and regulatory reform**, Paris, v. 2, n. 3, p. 181-232, out. 2000. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-journal-competition-law-and-policy/volume-2/issue-3_clp-v2-3-en. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Definition of transaction for the purpose of merger control review**. Paris: OECD Publications, 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Report on International Co-operation in Competition Enforcement**. Paris: OECD Publications, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-ICN-Report-on-International-Co-operation-in-Competition-Enforcement.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition Law and Policy in Brazil: a peer review**. Paris: OECD Publications, 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil**. Paris: OECD Publications, 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Report on country experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review**. Paris: OECD Publications, 2013. Competition Policy Roundtables. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.



RIBEIRO, Eduardo Pontual. Economic analysis in antitrust: the case of Brazil. In: JENNY, Frederic; KATSOUACOS, Yannis (ed.). **Competition law enforcement in the BRICS and in developing countries: legal and economic aspects**. Basileia: Springer International Publishing, 2016. p. 207-221.

ROBERTSON, Kyle. One law to control them all: international merger analysis in the wake of GE/ Honeywell. **Boston College International and Comparative Law Review**, Boston, v. 31, n. 1, p. 153-167, 12 jan. 2008. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol31/iss1/8>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A notificação obrigatória dos atos de concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. **Publicações da Escola da AGU: a nova lei do Cade**, Brasília, n. 19, p. 51-106, jul. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/74>. Acesso em: 06 fev. 2022.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. **History of competition policy in Brazil: 1930-2010**. The Antitrust Bulletin, v. 57, n. 2, p. 207-257, set. 2012. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202>. Acesso em: 06 fev. 2022.

UNITED STATES. **Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws**. OJ L 95, 27.4.1995, p. 47-52. Aprovado por decisão do Conselho e da Comissão de 10 de abril de 1995 (95/145/EC, ECSC). United States: Government of the United States, 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3Kh8qNw>. Acesso em: 06 fev. 2022.

UNITED STATES. Department of Justice (DOJ). **Range Effects: The United States Perspective**. 2021. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/01/26/9550.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022

US-EU MERGER WORKING GROUP. **Best Practices on Cooperation in Merger Investigations**. 2011. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/111014euemerger.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

VESTAGER, Margrethe. **Refining the EU merger control system**. Studienvereinigung Kartellrecht: Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3rPyMjp>. Acesso em: 06 fev. 2022.

VISSER, Bram. **The Facebook/WhatsApp merger case: European Commission's lucky break or proof of impermeable system of merger control?** 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326059828_The_FacebookWhatsApp_merger_case_European_Commission's_lucky_break_or_proof_of_impermeable_system_of_merger_control. Acesso em: 06 fev. 2022.

JÉSSICA GUSMAN GOMES

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing-original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), aprovação da versão final (final version approval).

DANIEL JACOMELLI HUDLER

O autor foi responsável pelo desenvolvimento da metodologia (methodology), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing-review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

HUDLER, Daniel Jacomelli; GOMES, Jéssica Gusman. Convergência aplicada ao controle de concentrações brasileiro: um histórico bem sucedido da Lei n.º 12.529/2011. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 61-85, 2022. **DOI:** <https://doi.org/10.52896/rdc.v10i1.975>. Disponível em: . Acesso em: dia mês. ano

