

Concentração de capitais é essencial, mas gera instabilidade

29/03/2006

Os atos de concentração, que se verificam especialmente nas fusões e incorporações, a despeito de serem feitos com o amparo no princípio da livre concorrência, podem ter por finalidade a recuperação econômica de duas empresas deficitárias, o fortalecimento da cadeia produtiva, o mercado distribuidor e o acesso aos insumos.

Os acordos entre as empresas podem, de outro lado, manifestar-se como prática concentracionista, pois dois agentes, concorrentes ou não, ao se unirem, passam a deter vantagem econômica sobre os demais.

Assim, o interesse do Estado em tutelar essas operações surge apenas na hipótese desses atos terem potencial maléfico no que concerne às relações com terceiros ou à coletividade. O efeito negativo da concentração empresarial caracteriza-se pela ocorrência do denominado truste, que consiste na concentração de empresas visando à dominação do mercado por meio da eliminação da concorrência e, conseqüentemente, pela imposição de preços arbitrários.

Esse abuso do poder econômico acarreta dominação de mercados e aumento arbitrário dos lucros¹. A despeito da legislação brasileira não haver conceituado o termo concentração, tem-se que algumas classificações efetuadas pelas doutrinas estrangeiras ou mesmo a nacional servem de parâmetro para verificar-se a conveniência e oportunidade da concessão de autorização para determinadas práticas concentracionistas. Neste sentido:

“Não obstante, o termo concentração geralmente vem empregado no campo do antitruste para identificar as situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia (o que ocorre em operações de fusão, incorporação etc.), ou constituem uma nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle será compartilhado. Pode, ainda, haver concentração quando uma empresa adquire ativos ou parcela do patrimônio de outra. Nas palavras de Nuno T.P. Carvalho: concentração de empresas é todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não) seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”.

A função da defesa da concorrência é a proteção do mercado, ou seja, a busca da livre concorrência e, enquanto bem juridicamente protegido, cujo titular é a coletividade, assegurar o exercício pleno dos interesses difusos constitucionalmente assegurados.

Essa proteção da concorrência, no Brasil, evoluiu gradativamente. No Império, nas constituições de 1824 e 1891, vigorava o princípio liberal, sob a ótica de que o mercado não atuava entre seus participantes, ou seja, não havia qualquer intervenção estatal (artigos 179 e 72 das constituições de 1824 e 1891, respectivamente). A Constituição de 1934, ratificada pela de 1937, trouxe as primeiras linhas da preocupação do Estado em regulamentar a concorrência.

Assim, foi promulgado o Decreto-lei 869 de 1938, que tratou de maneira específica da concorrência, tipificando como crimes condutas tendentes a afrontar a economia popular.²

Com o advento do Decreto-lei 7.666 de 1945, criou-se o Cade, com atribuição de viabilizar acordos em casos potencialmente danosos da concorrência.

A Constituição Federal de 1946 dispunha que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, que tinham por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando arbitrariamente os lucros (artigo 48). Nesta esteira, editou-se a Lei 4.137/62, que conceitua as formas de abuso, atribui competência ao Cade, regulamenta seu procedimento administrativo e o processo judicial.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve previsão, em capítulo próprio, dos princípios da atividade econômica, consoante artigo 170. Verifica-se, assim, evidente conteúdo de predominância neoliberal, vez que exalta a livre iniciativa e a propriedade privada.

Em 1990, o Decreto 99.2444 instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico, cuja competência é zelar pelos direitos do consumidor, apurar, prevenir e reprimir abusos do poder econômico por meio do Cade. Ainda neste mesmo ano, a Lei 8.137/90 tipificou criminalmente condutas contrárias à ordem econômica.

Finalmente, em 1994, foi promulgada a atual legislação antitruste, a Lei 8.884/94, que delimita conceitos, atos que afrontam a livre concorrência, modifica a competência administrativa do Cade, atribuindo-lhe poder de decisões sobre prevenção e repressão às infrações sobre a ordem econômica, da SDE e da Seae — Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Justiça.

O Direito Concorrencial, afim ao Direito Econômico, possui suas raízes na Constituição Federal, em seu título VII que, em seu artigo 170, traz princípios gerais que subsidiam a Norma Ordinária 8.884/94.

Pauta-se pelo princípio da liberdade de comércio, com base na propriedade individual e na livre iniciativa. A própria Constituição Federal, porém, mais adiante, no artigo 173, parágrafo 4º, determina que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Para produzir harmonia entre essas regras constituições, em aparente antinomia, existe o princípio da regra da razão, cuja origem é o *Shermann Act* norte americano, que viabiliza atos que em um primeiro momento seriam anticoncorrenciais, em nome da competitividade.

Neste sentido é que o artigo 54, parágrafo 1º, inciso I, alínea “a” da Lei 8.884/94 preceitua que o Cade poderá autorizar atos que, sob qualquer forma manifestados, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resulta na dominação de mercados desde que tenham por objetivo propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.



Tem-se, portanto, que a Lei 8.884/94 estabelece conceitos e uma estrutura estatal visando à defesa da ordem econômica e repressão do abuso do poder econômico, tipifica condutas, normas procedimentais e critérios de avaliação.

A prevenção do abuso do poder econômico e da livre concorrência é feita pelo Cadê e pela SDE — Secretaria de Defesa Econômica, ambos vinculados ao Ministério da Justiça. A SDE possui, dentre outras competências, a de fiscalização, investigação e de opinião ao Cade. À autarquia compete o processamento e julgamento administrativo, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica, determinar providências destinadas à cessação da infração e aprovar termos de compromissos de desempenhos.

O fenômeno que envolve a concentração de empresas, no direito antitruste, geralmente envolve situações em que, no mínimo, um dos agentes perde sua autonomia (por exemplo, nas fusões e incorporações), ou constituem novo grupo econômico, ou ainda, quando uma empresa adquire o ativo ou parcela do patrimônio da outra.

Essas concentrações podem ser classificadas de várias maneiras. Paula Forgioni expõe que a classificação deverá ser feita da seguinte maneira: horizontais, verticais e conglomeradas.³

No que concerne à concentração entre agentes econômicos que atuam em diferentes níveis na cadeia produtiva de um mesmo segmento, há concentração vertical. Em operações desta natureza, intenciona-se, muitas vezes, dificultar o acesso do concorrente a um produto ou matéria-prima. Assim, essa verticalização pode acarretar limitação da concorrência de forma indireta, uma vez que essa operação não retira um concorrente do mercado, ou seja, fornece apenas mecanismos operacionais para que ocorra a eliminação ou a barreira de novo concorrente.

De outra parte, a concentração horizontal é a forma mais tradicional de eliminação da concorrência, pois trata de operação entre duas sociedades do mesmo nível da cadeia produtiva, ou seja, entre concorrentes diretos. Esses atos atingem o concorrente direto, pois inviabilizam a competitividade do produto ou a entrada dele no mercado.

As concentrações conglomeradas são aquelas uniões entre empresas cujos produtos não possuem qualquer relação de concorrência ou complementariedade.

Verifica-se, assim, que a concentração também poderá limitar a concorrência se houver aquisição de um agente econômico por outro concorrente que desenvolva suas atividades em um mercado relevante diverso.

Várias são as razões da concentração, a saber: tentativa de neutralização da concorrência entre os agentes econômicos; viabilização de economias de escala e melhor aproveitamento dos recursos; preservação da atividade empresarial, opção de investimento de capital; aumento de mão-de-obra qualificada, atração de crédito no mercado, etc..⁴

Ainda, tem-se que a união das empresas pode provocar um avanço tecnológico do país, fortalecendo a economia, especialmente no que concerne à concorrência internacional.

Verifica-se, assim, que há um paradoxo: a concentração de capitais é essencial ao progresso e à eficiência do sistema produtivo e acarreta instabilidade desse próprio sistema.⁵

De qualquer maneira, para avaliar-se uma operação de concentração, deve-se verificar o impacto que tal ato produz no mercado. Insta delimitar-se, inicialmente, qual é o mercado relevante. Assim sendo, a medida destas concentrações no mercado relevante determina-se pelo sistema denominado concorrência-meio, ou seja, o relevante será a repercussão geral do ato, e não o ato em si, bem como pelos parâmetros preceituados pelos artigos 20, 21 e 54 e seus parágrafos da Lei 8.884/94.

Após esta delimitação, passa-se a uma avaliação do número de quotas detidas no mercado, pelos agentes, antes e depois do ato concentracionista.⁶ Destarte, o impacto provocado pela concentração no mercado será devidamente constatado se houver criação de barreiras à entrada de novos concorrentes e se os atos gerarem controle de parcela do mercado suficientemente alta.

A Lei 8.884/94 não adota sistema exato de indicador de grau de concentração. Para diminuir a insegurança dos agentes econômicos, utiliza-se de parâmetro a Portaria Conjunta SDE/Seae 50, de 1º de agosto de 2001, sobre concentrações horizontais, a saber:

a. definição do mercado relevante;

b. determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das secretarias, sendo dispensável a continuação da análise;

c. exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na etapa abaixo indicada;

d. exame das eficiências econômicas geradas pelo ato;

e. avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. Quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), as secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias.⁷

Assim, para determinar-se a necessidade de submissão da prática restritiva à apreciação do Cade, não se exige que esteja caracterizado ato de concentração de empresa, nos termos do parágrafo 3º do artigo 54. Com efeito, basta que ele prejudique, de qualquer modo, a livre concorrência ou resulte na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.



O parágrafo 3º do artigo 54 funciona como indicativo, exemplificando as formas de que se pode revestir a concentração, ou seja, por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário.

Em atenção aos critérios legais, a influência de determinado agente econômico no mercado poderá ser medida com base no faturamento superior a R\$ 400 milhões anuais ou 20% do mercado relevante.

A despeito desta determinação legal, o Cade, na apreciação do ato concentracionista, poderá alterar os critérios quantitativos e qualitativos, de acordo com a peculiaridade do mercado analisado. Com efeito, a averiguação destes quesitos requer a identificação do controlador da sociedade e da estrutura do grupo empresarial para verificar-se o dano ou a potencial infração à ordem econômica.

Ainda, haverá a individualização do índice de participação de cada agente no mercado relevante em análise, o acesso à matéria prima, produção, logística, etc.. Portanto, uma determinada fusão ou incorporação de números expressivos, dependendo do mercado em que estiver inserida, em razão da flexibilidade deste mercado, poderá não caracterizar afronta à ordem econômica, vez que poderá não ser limitativo à entrada de novos agentes.

O artigo 54 determina que os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, deverão ser objeto de apreciação do Cade. Já o parágrafo 1º do mesmo artigo elenca, em quatro incisos, as situações em que o Cade poderá autorizar o ato referido pelo *caput*. Ressalte-se que o parágrafo 2º estipula exceção à cumulatividade do parágrafo 1º, ao possibilitar a aprovação do ato com a concorrência de no máximo três dos quatro incisos, e desde que o ato seja relevante à economia nacional e ao bem comum, bem como desde que não implique em prejuízo ao consumidor ou ao usuário final.

Conclui-se, portanto, que todos os atos restritivos da concorrência, ou seja, todos os atos que impliquem prejuízo à livre iniciativa ou à livre concorrência, ou domínio de mercado, devem ser submetidos ao Cade, sejam eles acordos entre empresas ou concentrações econômicas. No que concerne aos atos de concentração, especificamente, como fusões, aquisições ou constituição de empresas, há presunção legal de restrição da concorrência sempre que envolver mais de 20% do mercado relevante ou que os partícipes possuam faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões e, sendo assim, sua apreciação pela autarquia é de rigor.

O controle dos atos poderá ser prévio à sua celebração, ou posterior, dentro do prazo legal de 15 dias. O artigo 56 estipula as condições em que serão arquivados os atos relativos à constituição, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas. Ao final do processo administrativo, caso venha a ser detectada a infração à ordem econômica, fica o responsável sujeito às penas tipificadas no artigo 23 e 24 da Lei 8.884/94.

Uma vez feita a comunicação dos atos ao Cade, inicia-se um procedimento administrativo que visa a respectiva análise para aprovação ou veto. Como técnica de análise dos atos de concentração, utiliza-se das diretrizes estipuladas pelas *Guidelines* norte-americanas, tais como:

definição do mercado relevante, identificação dos agentes deste mercado, cálculo e avaliação das participações de mercado e o grau de concentração, análise dos possíveis efeitos anticoncorrenciais da operação, possibilidade de entrada neste mercado e análise das eficiências.

Ressalte-se que tais critérios não têm aplicabilidade absoluta, tratando-se de mera indicação, vez que, em alguns casos específicos, será inevitável a ocorrência de concentração de mercado por causa de fatores como alto grau tecnológico da atividade, fontes de insumo, além de restrição do próprio mercado consumidor. Assim, importante será a avaliação técnica da SDE e Seae, bem como do próprio Cade no julgamento, fornecendo dados reais do mercado relevante, e as implicações diretas e indiretas da operação societária.

A legislação prevê o compromisso de desempenho como instrumento de garantia das eficiências previstas no parágrafo 1º do artigo 54 da Lei 8.884/94, viabilizando a aprovação do ato. Trata-se de um acordo perpetrado entre a administração e o agente econômico partícipe de uma operação restritiva da concorrência, para viabilizar sua aprovação.

O exemplo clássico é o da constituição Ambev, em que houve aprovação da fusão das empresas Brahma, Skol e Antarctica, após análise dos níveis de emprego, relações de consumo, livre concorrência e preservação da livre iniciativa.⁸ Assim, não houve qualquer restrição no mercado relevante de água engarrafada e refrigerantes, enquanto no mercado de cerveja houve a realização de um compromisso de desempenho com a determinação de diversas restrições, dentre elas a alienação da marca Bavária, com a transferência dos respectivos contratos de fornecimento e distribuição e alienação de uma unidade fabril em cada uma das cinco regiões.

De outra parte, tem-se como resultado oposto a este o Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, que determinou a desconstituição da aquisição da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda. Nesta operação, o Cade entendeu não estarem atendidos os requisitos impostos pelo parágrafo 1º do artigo 54 da Lei 8.884/94, que prevê a possibilidade de aprovar-se a operação quando presentes motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum.

O entendimento dominante na autarquia, por cinco a um dos votos dos conselheiros, quando do julgamento, foi no sentido de que se trata de um mercado de elevadas barreiras à entrada, especialmente no que concerne à necessidade de vultosos investimentos em propaganda e marketing para garantir fidelidade dos consumidores às marcas e atributos específicos dos produtos. Ademais, verificou-se taxa de crescimento decrescente no setor, indicando mercado saturado, existência de segredos industriais, marcas de preferência no consumidor brasileiro.

Assim, tais constatações indicaram indícios de possibilidade de exercício de poder de mercado por parte da adquirente Nestlé Brasil Ltda. O Cade reconheceu a impossibilidade desta

operação de concentração, vez que a concentração poderia ocasionar situação de monopólio, acarretando aumento de preços para o consumidor final, e efeitos sobre a cadeia produtiva nacional e o nível de emprego.⁹

No que concerne ao ato de concentração perpetrado pela Nestlé Brasil Ltda, com a aquisição da Chocolates Garoto S/A (Ato de Concentração 08012.001697/2002-89), tem-se que encontra-se na via judicial a ação de anulação do acórdão prolatado pelo Cade, autos do Processo 2005.34.00.015042-8, em trâmite perante a 4ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, sem decisão de primeira instância até setembro de 2005.

Verifica-se, assim, que os acordos entre empresas poderão ser reconhecidos como práticas concentracionistas ou não. A verificação prévia, feita pelo Cadê, analisará, pautando-se por critérios legais e econômicos, se a união entre dois agentes, concorrentes diretos ou não, ainda que ambos mantenham sua autonomia, outorgará uma vantagem competitiva sobre os demais, e se essa operação de concentração provocará maior poder econômico aos partícipes.

Notas de rodapé

1 - Forgioni, Paula, in *Os fundamentos do Antitruste*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2004, página 646: “O que é, então, concentração econômica: Trata-se de conceito bastante simples, que expressa o aumento de riquezas em poucas mãos. Conseqüentemente, a idéia de concentração relaciona-se com o aumento de poder econômico de um ou mais agentes que atuam no mercado relevante. É importante ainda relevar que o conceito de concentração foi dado, primeiramente, pela doutrina econômica e se trata de um conceito empírico-factual e não técnico-jurídico.”

2 - In <http://www.advogado.com/cab/artigos/controle.htm>

3 - Cf. Forgioni, Paula, *Fundamentos do Antitruste*, página 467: “As concentrações são classificadas em horizontais, verticais e conglomeradas. Assim como nos acordos horizontais, as concentrações desse tipo envolvem agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, estando, portanto, em direta relação de concorrência. Ao invés, é vertical se os partícipes desenvolvem suas atividades em mercados relevantes, a “montante” ou a “jusante”, ou seja, concentrados no processo produtivo ou de distribuição do produto”

4 - Cf. Forgioni, Paula, *Fundamentos do Antitruste*, páginas 470 a 472.

5 - Cf. Forgioni, Paula, *Fundamentos do Antitruste*, página 479: Remete-se ao breve estudo sobre concentração industrial que foi efetuado por Sérgio Buarque de Holanda Filho (Estrutura industrial no Brasil: concentração e diversificação, p. 10-20). Analisando o resumo que faz este autor das principais escolas econômicas sobre a concentração, percebe-se que, no fundo, o debate se restringe a, de uma parte, fazer salientar os benefícios que são trazidos pela concentração econômica (a exemplo de Schumpeter) e, de outra, os prejuízos decorrentes da excessiva concentração de capital.

6 - In <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/guia1.html>

7 – Cf. Forgioni, Paula, *Fundamentos do Antitruste*, páginas 491 e 492.

8 – In

"><http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/ambevfm.asp>

9 – In <http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/processo/ac-2002-08012-001697.asp>

Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva, 1998.
- CRETELLA JR, José. *Comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FORGIONI, Paula. *Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, Editora RT, 2ª edição, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Atlas, 5ª edição, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro. Editora RT.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, Editora RT.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- <http://www.advogado.com/cab/artigos/controle.htm>
- <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/guia1.html>
- <http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/Julgados/ambevfm.asp>
- <http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/processo/ac-2002-08012-001697.asp>

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-mar-29/concentracao_capitais_essencial_gera_instabilidade/