

também neste último aspecto que a Sociologia do Direito constitui um poderoso e necessário instrumento.

Finalmente, estas medidas devem ter caráter transitório, aplicando-se só no período de tempo necessário para a consecução da igualdade entre homens e mulheres num setor concreto.

5 CONCLUSÃO

No presente artigo, tentamos analisar os argumentos favoráveis ou contrários à adoção de medidas de discriminação inversa, visando demonstrar a superioridade dos primeiros sobre os segundos e, portanto, a validade daquelas. No entanto, apesar da sua validade, a discriminação inversa deverá cumprir certas condições. Uma vez observadas estas condições, cabe defender a legitimidade do recurso à discriminação inversa, como uma das medidas possíveis, dentre outras, para a consecução de uma sociedade mais igualitária e justa.

6 FONTES BILIOGRÁFICAS

- BOXILL, Bernard R. Igualdad, discriminación inversa e trato preferente. In: SINGER, Peter (Ed.). *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Diccionarios, 1995, Cap. 29.
- KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea: una introducción*. Barcelona: Ariel Ciencia Política, 1995, Cap. 7.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa. La acción positiva. Justificación jurídico-constitucional. *Revista Jóvenas*, Madrid, n. 6, p. 20-37, dez. 1995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw Hill, 1995, Cap. 5 e 6.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. Discriminación inversa, acciones positivas e igualdad (A propósito de la sentencia del caso Kalanke). *Revista Jóvenas*, Madrid, n.6, p. 43-76, dez. 1995.
- Vários servidores de Internet. Don Romesburg, *Affirmative Action & Us. What do you think about affirmative action, Mike's Home Page. The Legal Rights of Women. Gender Discrimination*.

O CONTROLE DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

Christian Sahb Batista Lopes

Sumário

1. Introdução. 2. Concentração de empresas. 2.1 Efeitos das concentrações de empresas. 3. Concorrência. 3.1 A apreciação do ato de concentração. 4. O controle da concentração de empresas como instrumento de política econômica. 5. Conclusão. 6. Fontes bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, passa a economia brasileira por um processo de estabilização, de reabertura e de privatizações. O momento tem sido propício para investimentos no setor produtivo, sejam nacionais sejam estrangeiros. Como consequência, observa-se o incremento das operações de concentração de empresas.

A grande empresa tem sido colocada como uma forma de concorrer nos mercados interno e externo com as empresas estrangeiras. Por outro lado, para estas, a concentração é o meio mais cômodo de se fixar em solo brasileiro.

Todo este processo deixará marcas na estrutura concorrencial dos mercados nacionais, que já apresentavam tendência oligopolista. O Brasil deverá, destarte, orientar estes acontecimentos, a fim de cumprir o objetivo constitucional do desenvolvimento econômico com justiça social. Neste sentido, apresenta-se ao controle da concentração de empresas realizado pelo Cade o papel não apenas de tutela da concorrência, mas de política econômica.

O presente estudo visa, portanto, situar o controle da concentração de empresas como instrumento de suma importância da política econômica estatal, fazendo a abordagem de todos estes conceitos, definindo as características e os efeitos de cada instituto.

2 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

Formular um conceito para a concentração de empresas não é tarefa simples, pois este fenômeno aparece na realidade econômica de diversas formas, nem todas abrangidas pelos ramos tradicionais do Direito. O problema foi detectado por Waldírio Bulgarelli:

“As dificuldades são inúmeras: a) além da variação quase indescritível das formas como se apresenta, na prática, também a apontada falta de normas legislativas a respeito, permanecendo ainda hoje, a maior parte dos países com uma legislação fragmentária; b) a ausência de decisões jurisprudenciais conseqüentes ou não; c) a falta de dados concretos até mesmo sobre as práticas adotadas, dado senão ao segredo, ao menos a discrição que envolve, quase sempre, tais coligações, conseqüente também da necessidade de fugir, em muitos casos à pressão fiscal ou de se subtrair aos problemas da licitude – gerando um verdadeiro divórcio entre a realidade econômica e a forma jurídica empregada –, constituem outras tantas dificuldades que se apresentam ao estudioso.”¹

Como observou, portanto, Enzo Moavera-Milanesi, a solução prevalente entre os doutrinadores é definir a concentração como fenômeno econômico:

“Não se trata de fato de uma figura jurídica precisa: ao contrário, mais parece uma noção econômica, emprestada ao direito, que agrupa – ou quiçá se deveria dizer, pretende agrupar – diversas figuras jurídicas distintas.”²

No esforço de conceituar a concentração de empresas, para poder prosseguir nos estudos que avaliem os efeitos desta e determinem o tratamento que deve receber do Direito, dividem-se os autores em dois grandes grupos, não necessariamente antagônicos.

Um considera a concentração um estado do mercado ou da economia como um todo. Assim, determinado mercado seria mais ou menos concentrado, ou seja, a concentração poderia ser mensurada por um grau ou um índice. É uma conceituação mais ampla, que abrange tanto a concentração resultante de uniões de empresas como aquela decorrente de seu crescimento natural, ou do aporte de capitais do mercado financeiro, dentre outros. Quando visto por este ângulo fenômeno, o é usualmente tratado pelos termos *concentração econômica ou capitalista*.

Outro enfoque dado à concentração de empresas consiste em defini-la como ato ou processo. Dessa forma, considera-se apenas o ato de duas ou mais empresas se unirem, conjugando seus esforços com um objetivo comum. Sem dúvida, este ato leva ao estado definido pelo grupo anterior; daí a proximidade dos conceitos.

De fato, as duas abordagens estão corretas e são utilizadas pelos autores que as defendem com variadas funções, de acordo com o problema sobre o qual irão se debruçar. Por isso, para o trabalho ora exposto, preferir-se-á o conceito da concentração como ato, pois é este que se sujeita a controle pelos órgãos de defesa da concorrência. Além disso, a Lei n. 8.884/94, no *caput* de seu art. 54, se refere a “atos, sob qualquer forma manifestados” e no § 1º do art. 20 exclui de seu âmbito o domínio de mercados provenientes de crescimento natural.³

Assim, pode-se afirmar de forma bastante ampla que concentração é a união, total ou parcial, de duas ou mais empresas, realizada de forma explícita ou tácita,

1 BULGARELLI, Waldírio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1996. p. 51-52.

2 MOAVERA-MILANESI, Enzo. *Concorrenza e concentrazione tra imprese*. Rivista delle Società, 1988, p. 500. *Apud* FARIA, Werter R. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*. Porto Alegre: ABEI, 1993, p. 32.

3 O inciso II do art. 20 e o citado § 1º que àquele inciso se refere estão deslocados na Lei Antitruste. O fato de dominar mercados relevantes não constitui, por si só, infração à ordem econômica, e sim a obtenção abusiva deste domínio ou o abuso desta posição dominante, como, aliás, reconhece o inciso IV do mesmo artigo. Talvez esta falha seja a explicação do fato de o art. 54, *caput* ter repetido a disposição “resultar na dominação de mercados relevantes...”.

que implica modificação das atividades normais de, pelo menos, uma delas, com o objetivo de atingir maior lucro.

Esta definição abrange mesmo os casos em que, por exemplo, a forma escolhida foi a fusão, mas esta ainda não se iniciou, submetendo-se as duas empresas, contudo, à mesma administração. Sem se preocupar com as maneiras pelas quais se realiza a concentração, o elemento cerne do conceito é a modificação das atividades, o que ocorre pelo fato de elas se submeterem a um mesmo controle, podendo este decorrer de uma força econômica ou de um poder de mercado.⁴ Não importa, também, se este controle é interno ou externo.⁵

Assim, a concentração admite as seguintes modalidades: fusão, incorporação, cisão, compra e venda de ativos, participação acionária, comunhão de lucros, comunidades de interesses, sociedades *holding*, grupo de empresas, arrendamento de empresas, cláusulas de exclusividade, contratos de fornecimento e financiamento, uniões pessoais, trustes, práticas concertadas, empresa *price leader*, consórcios, cartéis, dentre outras.

A Lei n. 8.884/94 não conceituou a concentração de empresas; sequer mencionou-a em seu texto.⁶ Inspirando-se no art. 85 do Tratado de Roma, submeteu ao controle do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) os atos que puderem “prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados”. Preferiu, acertadamente – pois conceituar não é função da lei, mas da doutrina –, definir os atos pelos efeitos que podem trazer para a economia e que se procura evitar.

2.1 Efeitos das concentrações de empresas

A finalidade fundamental da concentração de empresas é o incremento do lucro resultante das atividades realizadas pelas partes envolvidas. Contudo, deste

objetivo, que será sempre vantajoso sob o ponto de vista das empresas, decorrem efeitos econômicos positivos e negativos para a sociedade em geral.

Os lucros podem ser atingidos pela maior eficiência econômica⁷ que traz a concentração. Esta produz como conseqüência, na maioria dos casos, ganhos de escala; ou seja, o maior porte permite que a empresa dilua seus custos fixos por um número maior de produtos, goze de privilégios na obtenção de crédito e possua maior poder de barganha na compra de matérias-primas. Outro importante fator na busca da produtividade é o emprego de tecnologias mais avançadas. Só a grande empresa tem condições de sustentar a pesquisa tecnológica, seja referente a novos produtos e materiais ou a novas formas de produção. Muitas vezes, apenas ela tem condições financeiras de comprar equipamentos que viabilizem a utilização da tecnologia mais produtiva.

A concentração traz, ainda, outras formas de incrementar a eficiência da empresa pela reorganização dos processos produtivos, pela integração das instalações, pela especialização da fábrica. Pode ser, também, informada por razões de ordem estratégica, como a busca de sinergia entre empresas de atuação diferente do ponto de vista produtivo ou mercadológico. Deve-se lembrar que apresenta caráter bastante positivo a concentração entre uma empresa com dificuldades financeiras e outra economicamente saudável. Evita-se, desta forma, a falência da primeira e a demissão de vários trabalhadores; cumpre-se a função social da propriedade dinamizada em regime empresarial.

O aumento na escala de produção com a conseqüente redução de custos, o intercâmbio de tecnologia e a maior capacidade de competição no plano exterior, com geração de divisas para o País, são fatores que demandam tempo para ser conquistados, enquanto a concentração é meio instantâneo de adquiri-los. Como afirma Simões Patrício, esta é “uma das formas mais típicas de a empresa resolver os seus problemas de dimensão”.⁸

A formação de grandes empresas é tão sensível à economia que a Lei Antitruste norte-americana, de tradição bastante rígida, começou a ser atenuada

4 FARJAT, Gérard. *Droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971, p. 125.

5 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. rev. atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 36 e 76-81.

6 Contudo, o termo é utilizado internamente pelo Cade, cujo procedimento de apreciação das concentrações de empresas é chamado de “Ato de Concentração”.

7 MALARD, Neide Teresinha. Integração de Empresas: concentração, eficiência e controle. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, n. 4, v. 1, p. 52, nov. 1994.

8 PATRÍCIO, Simões. *Direito da concorrência: aspectos gerais*. Lisboa: Gradiva, 1982, p. 24.

por meio do *Clayton Act*, de 1914, prosseguindo após a crise de 1929, quando as medidas tomadas pelo *New Deal* incentivaram as fusões e as incorporações. No Brasil, durante a vigência do primeiro e do segundo Plano Nacional de Desenvolvimento, os Decretos-Leis n. 1.181/71 e 1.182/71 concediam estímulos fiscais às empresas que realizassem fusões e incorporações, estendendo-os a seus sócios.

Mas, na ânsia de reduzir custos e aumentar os lucros, a concentração empresarial pode trazer sérias conseqüências para economia. Em geral, grandes massas de trabalhadores são demitidos após o processo de concentração. É também comum o abandono de linhas de produção menos lucrativas, cujos produtos, porém, são necessários à população.

Entretanto, o efeito mais maléfico da concentração de empresas é sentido pela concorrência, pois aquela "...conduz, de forma relativa ou absoluta, à detenção e controlo de massas cada vez maiores de capitais e de poderio econômico por uma quantidade cada vez mais reduzida de pessoas",⁹ fazendo com que as decisões que deveriam ser tomadas pelas forças do mercado, sejam impostas pelas empresas dominantes. Em alguns casos, o poder econômico chega a suplantar o poder político, sobrepondo-se às decisões de política econômica tomadas pelos Estados.¹⁰

Contudo, nem todas as concentrações de empresas trazem malefícios ao mercado. Como se destacou, podem elas trazer várias vantagens à economia. Deve, portanto, haver um controle instituído pelo Estado capaz de fazer prevalecer as benéficas em detrimento das prejudiciais, a fim de que sejam efetivados os princípios do desenvolvimento nacional, livre iniciativa, livre concorrência e função social da propriedade. Neste sentido é a análise realizada pelo Cade, com base no art. 54 da Lei n. 8.884/94.

3 CONCORRÊNCIA

A concorrência é o estado em que se encontra o mercado, o nível de competição entre os agentes que o compõem, em determinado momento. Não se deve confundir-la com competição, pois este é o comportamento de um ou mais agentes econômicos, ao passo que a concorrência é um estado do mercado, determinado por fatores que envolvem todas as empresas-agentes, naquele espaço econômico. Na lição de Font Galán,

"la concurrencia es el sustrato económico-material de la competencia entre empresarios y también el presupuesto fáctico natural de la competencia entendida como elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado".¹¹

O modelo ideal de concorrência, baseado em um mercado que não lhe ofereça quaisquer restrições, é chamado de perfeito. Idealizado por Adam Smith, é um modelo econômico em que todos os agentes teriam a mesma força e seus produtos seriam livremente intercambiáveis, permitindo, assim, que a chamada "mão invisível" coordenasse o mercado, ajustando as curvas de oferta e demanda e definindo um "preço justo" para determinado produto. Os pressupostos da concorrência perfeita são: a "atomicidade do mercado", ou seja, a existência de inúmeros agentes nos dois lados da relação econômica – oferta e procura; a "homogeneidade do produto", que permite sua completa permutabilidade; a "livre entrada na indústria", com a realização do princípio da livre iniciativa; a "perfeita transparência do mercado", quando há plena ciência das condições do espaço em que se atua, e a "perfeita mobilidade dos fatores de produção", não havendo impedimento para que as empresas obtenham matérias-primas, mão-de-obra e capital para o exercício de suas atividades.¹²

11 FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitucion economica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 24.

12 BARRE, Raymond. *Économie politique*. 2. vol. 10 éd mise à jour. Presses Universitaires de France, Paris, 1975, v. 1, p.13, *apud* VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p.28.

9 SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 306.

10 VAZ, Isabel. *Direito económico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 93.

Contudo, a concorrência perfeita não passa de um modelo que, da mesma forma que o monopólio, não se observa na realidade econômica. Destarte, a concorrência, como estado de um mercado, seria uma questão de grau. Um determinado mercado seria mais concorrencial quanto mais próximo estivesse deste modelo ideal. Assim surgiu a teoria da concorrência praticável,¹³ em que, apesar desta prescindir de alguns de seus pressupostos, os agentes do mercado nele competem acirradamente.

“O essencial já não é a questão da pluralidade de empresários que oferecem bens e serviços, mas a questão do tipo de comportamento destes agentes. E assim haverá ainda concorrência quando esteja garantida a existência de uma rivalidade ou luta econômica dinâmica entre os agentes econômicos.”¹⁴

A *workable competition* é aquela mais próxima possível, para um determinado mercado, do modelo ideal.

Nessa ordem de idéias, uma concentração de empresas será sempre uma *prática restritiva da concorrência*, no sentido em que distancia ainda mais o mercado da situação ideal de concorrência perfeita. Não apenas as concentrações, como quaisquer outras condutas comerciais que constituam redução no nível de concorrência definem-se como tal.

Com este raciocínio, não se pretende afirmar que todos estes atos constituem *infrações à ordem econômica*. De fato, há várias condutas que podem se classificar, concomitantemente, como restrições à concorrência e infrações à ordem econômica: *dumping* (restringe a livre entrada na indústria e a atonicidade do mercado), discriminação de preços (afeta a transparência), recusa de vendas (afeta a transparência ou a mobilidade dos fatores de produção), compra e estoque de toda a matéria-prima (limitação à livre entrada e à mobilidade dos fatores de produção), dentre outros. Destas condutas e situações trata o art. 20 da Lei

13 J. Maurice Clark, idealizador desta teoria, utilizou a expressão *workable competition*. Também são usados os termos concorrência efetiva, imperfeita, possível.

14 SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Op. cit.*, p. 304-305.

n. 8.884/94, desdobrando-se nas hipóteses de atos enumerados no art. 21, de modo exemplificativo.

Toda infração à ordem econômica constitui prática restritiva da concorrência, mas a recíproca não é verdadeira. Como exemplo de restrições à concorrência que não são infrações, além da concentração de empresas, podem-se citar: a pesquisa tecnológica (promove a diferenciação do produto, diminuindo sua homogeneidade; é, contudo, uma conduta louvável e incentivada), o *marketing* comercial (também reduz a homogeneidade entre as mercadorias) e exigências do próprio Estado que reduzem a concorrência (capital mínimo, experiência anterior, utilização de determinada matéria-prima, etc.). Assim, as posições dominantes, as práticas restritivas e as concentrações não são por si só fenômenos patológicos, mas constituem, ao contrário, uma realidade fundamental do novo Estado industrial.¹⁵

A concentração de empresas é, porém, a única prática restritiva da concorrência que, sem constituir infração à ordem econômica, merece a atenção da legislação antitruste brasileira, por meio do controle exercido pelo Cade, de acordo com o art. 54 do diploma citado. Assim, o Brasil assumiu uma política estrutural de defesa da concorrência,¹⁶ muito mais adequada para um país em

15 FARJAT, Gérard, *op. cit.*, p. 239.

16 MARKWALD, Ricardo. *Política de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Confederação das Indústrias, Conselho Permanente de Política Industrial e Desenvolvimento Tecnológico, 1994, p. 8-11. As políticas de comportamento buscam a defesa direta da concorrência, fixam-se normas de conduta e instituem-se órgãos administrativos ou judiciais, que punem práticas ilegais *per se* e outras que só são sancionáveis sob determinadas condições. As políticas estruturais visam manter o ambiente concorrencial do mercado. “O pressuposto que orienta a implementação das políticas estruturais é que a existência de estruturas de mercado competitivas contribuem para desestimular e inibir o aparecimento de condutas anti-concorrenciais, tornando menos árdua a tarefa das políticas de comportamento. A relação entre as políticas estruturais e de comportamento é, portanto, uma relação de complementariedade.” (p.10). As políticas de desempenho são aquelas que fixam preços ou determinam a capacidade de produção pela intervenção direta da autoridade antitruste no mercado.

desenvolvimento, cujas estruturas mercadológicas se revelam bastante oligopolizadas.¹⁷

3.1 A apreciação do ato de concentração

A apreciação dos atos de concentração, bem como a repressão às infrações à ordem econômica, não constitui, ao contrário do que parece, uma derrogação ao princípio da livre concorrência, por representar uma ingerência do Estado na economia. É, antes, uma garantia à efetividade do princípio.

A concorrência sem qualquer tutela estatal conduz a uma espécie de autofagia. Na busca incessante pela competitividade, que lhes garanta a sobrevivência em um mercado altamente concorrencial e uma perspectiva de lucro, as empresas perseguirão sempre a eficiência econômica. Exatamente por isso, o princípio da livre concorrência é adotado em todos os Estados de organização capitalista, por acreditar-se que a dinâmica da concorrência, sua pesquisa constante por inovações, é a melhor forma de promover o desenvolvimento e a distribuição dos bens escassos da economia. Como realçado anteriormente, a concentração de empresas é um meio de atingir a eficiência econômica, mas ela restringe a concorrência. Tratando desta situação nos primórdios de uma legislação concorrencial, Washington Peluso Albino de Souza faz observação válida ainda hoje: “Concentrar-se não se afigurava, àquela época, ao Direito, como uma intenção condenável do indivíduo ou da empresa, mas como uma fatalidade de sua própria sobrevivência. A concorrência a isso conduzia.”¹⁸

Dessa forma, faz-se mister controlar a concentração de empresas. No Brasil, o controle é realizado administrativamente (como no resto do mundo) por uma autarquia federal ligada ao Ministério da Justiça. O Conselho Administrativo de

Defesa Econômica é órgão judicante dotado de competência para conhecer as lides relativas ao direito da concorrência.

Quanto às concentrações, elas poderão ser submetidas ao Cade, anterior ou posteriormente à sua realização. O órgão poderá, então, determinar que não é relevante para o mercado, ou seja, ela não se enquadra no art. 54 da Lei n. 8.884/94, por não poder “prejudicar a livre concorrência”, nem “resultar na dominação de mercado de bens ou serviços”. A concentração, conforme destacado, será sempre uma restrição à concorrência. Contudo, ela poderá não representar caráter ofensivo ao mercado. Isso significa que, apesar de restringir a concorrência, a concentração não afetará o funcionamento do mercado, a *concorrência praticável* nele existente. A despeito da restrição sofrida, a luta econômica dinâmica, utilizando a terminologia de Santos, Gonçalves e Marques, continuará a mesma. A *workable competition* não será afetada.¹⁹

Pode o Cade, contudo, entender que o ato afeta a concorrência efetiva, o que ocorrerá sempre que da concentração resultar uma posição dominante, compreendida como a situação de um agente econômico que lhe permita prejudicar o “nível eficiente de competição”.²⁰

“A posição dominante resultará da existência de um grau de dominação do mercado que permita à empresa (ou empresas) nessa situação assumir um comportamento globalmente independente, definir autonomamente a estratégia a prosseguir no mercado. Não é necessária a existência de um monopólio ou quase-monopólio para que haja posição dominante, podendo esta coexistir com a manutenção de uma certa concorrência”.²¹

17 RUSSI, Joyce. Estudo do Ipea mostra a economia brasileira “superoligopolizada”. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 30 de dezembro de 1994. Logo após a publicação da Lei n. 8.884/94, o Ipea realizou um estudo, utilizando o índice Herfindhal-Hirschman, que revelou a economia brasileira prevalentemente organizada em grandes oligopólios.

18 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 521.

19 Nesse sentido foram os pronunciamentos do Cade nos Atos de Concentração n. 04/94, 20/94, 48/94 (Recurso de ofício), 33/95, 43/95.

20 FARIA, Werter. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabrís Editor, 1990, p. 58. “Abuso do poder econômico é a conduta no mercado que prejudica o nível eficiente de competição; são as práticas restritivas, decorrentes de acordos entre empresas (colusões) que impedem, falseiam ou limitam a concorrência, e as práticas monopolistas, consistentes na exploração abusiva de uma posição dominante sobre o mercado ou parte substancial dele.”

21 SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leição. *Op. cit.*, p. 395.

Daí, se da concentração resulta para a empresa um poder de dispor da concorrência efetiva, de limitá-la ou de restringi-la, mesmo que ela não pretenda se utilizar deste poder, deverá o Cade reprovar o ato. A regra legal de vetar a operação pelo *perigo* que ela representa para o mercado se justifica, pois a concentração colocou à disposição de uma empresa os princípios constitucionais da livre iniciativa (CF/88, art. 1º, IV) e livre concorrência (art. 170, IV). Ora, os princípios constitucionais são eminentemente públicos e devem ser preservados através da observância do ordenamento jurídico vigente, não podendo estar submissos apenas ao interesse individual. O princípio da função social da propriedade (art. 170, III) justifica a derrogação das vontades das partes na operação, de modo a privilegiar os interesses da sociedade. João Bosco Leopoldino da Fonseca assim sintetizou esta idéia: “A existência de poderes econômicos privados e de uma ordem por eles imposta se coloca em contraposição com os princípios defendidos pelo sistema jurídico liberal, infringindo a concepção ideológica e as bases econômicas por ele preconizadas.”²²

Contudo, a concorrência não é um fim em si mesma. Ela se justifica como modelo adotado para atingir o desenvolvimento econômico, objetivo fundamental da República, como afirma o art. 3º, II, da Constituição Federal. O Estado brasileiro deve buscar o desenvolvimento, observados os ditames da justiça social, com o fito de reduzir as desigualdades regionais e sociais e assegurar a todos existência digna. O princípio da livre concorrência apresenta-se como um dos instrumentos escolhidos para a obtenção de todos estes objetivos.

Por isso, quando a concentração de empresas promover uma série de eficiências – aqueles anteriormente denominados neste trabalho de *aspectos positivos* – que levarão ao desenvolvimento nacional, ela poderá ser consentida pelo Cade, apesar de representar uma ameaça à livre concorrência. Nisto consiste a apreciação do ato de concentração por aquele órgão, consoante os §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei n. 8.884/94.

22 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 11.

Sintetizando, um ato de concentração pode ser aprovado pelo Cade por duas razões: por não constituir ameaça à concorrência efetiva do mercado ou por promover o objetivo maior de desenvolvimento econômico, apesar de constituir um poder capaz de prejudicar a concorrência.

4 O CONTROLE DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

Todas as normas de Direito Econômico estão vinculadas à consecução da política econômica, como afirma Isabel Vaz: “Não é apenas o conteúdo econômico de uma norma que a qualifica como integrante do Direito Econômico, e sim a realização de uma política econômica comprometida com os postulados da ideologia da democracia econômica e social.”²³

A ideologia adotada pela Constituição brasileira aspira ao desenvolvimento econômico comprometido com a justiça social e a livre iniciativa (sistema capitalista). Esta orientação faz com que o desenvolvimento não seja entendido apenas como aumento no PIB, caracterização da economia como industrial, aumento das exportações, crescente *superavit* da balança comercial ou aporte de capitais estrangeiros, embora estes e outros fatores sejam subsídios para ele. Mas a idéia de desenvolvimento carrega um projeto maior, de cunho social, que objetiva a dignidade da pessoa humana, garantindo-lhe saúde e educação, para que ela possa ser adequadamente admitida, desempenhando, em seu ofício, uma função social.

A política econômica – entendida como “orientação ou atividade de um governo, relativamente à vida econômica de uma comunidade”²⁴ – deverá estar voltada para estes princípios constitucionais.

Contudo, a implementação de uma política representa uma luta de poder; no caso da política econômica, haverá contraposição do poder estatal ao poder econômico privado. Assim, ensina Washington Peluso Albino de Souza que

23 VAZ, Isabel. *Op. cit.* p. 284.

24 HILBIG, Afonso Pedro. Política Econômica. *Dicionário de Sociologia*. Globo, apud SOUZA, Washington Peluso Albino. *Op. cit.*, p. 14.

“a atividade econômica vai caracterizar a presença de um Poder Estatal e um Poder de Fato, onde o primeiro procura controlar o segundo, e este, por sua vez, se nem sempre combate o Poder Estatal, atua de modo a que se as regras estabelecidas forem transgredidas, haverá prejuízo para o Bem-Comum. Neste caso, o exercício do Poder Estatal caracteriza-se por impor ao Poder de Fato os rumos da política econômica a ser obedecida”.²⁵

Muitas vezes, chega-se ao extremo de o Poder de Fato participar do “Poder Estatal com o intuito de utilizar as vias constitucionais e transferir-lhe a responsabilidade de defesa dos seus pontos de vista ideológicos, o que vale dizer, dos seus interesses”.^{26 27}

Neste sentido, o controle das concentrações de empresas assume relevante papel na implementação de políticas econômicas, por meio de duas frentes: impedir a formação de potentados econômicos privados e vinculá-los à política econômica.

O primeiro aspecto já foi bastante discutido. Se uma concentração de empresas representar um dano, mesmo que potencial, ao mercado efetivo e não apresentar nenhum benefício à economia, o Cade deverá impedi-la. Busca, assim, a implementação da política econômica, uma vez que esta será sempre pautada pelos princípios constitucionalmente adotados da livre iniciativa e da livre concorrência. Ademais, impede a formação do poder econômico privado, que poderia obstar a aplicação desta política.

O segundo papel desempenhado pelo controle de concentração de empresas como política econômica é mais complexo e interessante.

25 SOUZA, Washington Peluso Albino. *Op. cit.*, p. 20.

26-27 *Ibidem*, p. 21. Eduardo Galeano traz ilustrativo exemplo sobre os extremos do poder econômico privado: “Na Colômbia, a United Fruit tinha-se tornado dona do maior latifúndio do país, quando explodiu, em 1928, uma grande greve na Costa Atlântica. Os trabalhadores nas plantações de banana foram aniquilados a bala, em frente a uma estação ferroviária. Um decreto oficial fora ditado: ‘Os homens da força pública ficam livres para castigar pelas armas...’ e depois não houve necessidade de baixar nenhum decreto para apagar a matança da memória oficial do país.” GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Trad. Galeno de Freitas. 36. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p. 121.

No embate entre os dois poderes, o estatal e o privado, há, de acordo com Gérard Farjat, dois tipos de relacionamento: um de autoridade – representado pela regulamentação econômica da concorrência – e outro de concordância – presente nas economias concertadas.²⁸ Embora o autor afirme que neste último caso os poderes privados não trazem maiores preocupações, a distinção interessa à presente análise. De fato, a regulamentação da concorrência pode levar a uma concordância entre os dois poderes, fazendo com que, assim, atuem de forma concertada, agindo na consecução da política econômica. Como afirmou o próprio autor, o poder privado e o poder estatal são os atores principais no palco do Direito Econômico.²⁹

No Direito brasileiro, o *milagre* da composição entre os poderes estatal e privado é realizado através da aplicação pelo Cade dos § 1º e 2º do art. 54 combinado com o art. 58 da Lei n. 8.884/94. Esta é uma característica universal da legislação antitruste – condenar determinada conduta e a seguir excepcionar alguns casos³⁰ –, que revela o fato de estar o sistema legal de todos os países vinculado à realização de uma política econômica.

O primeiro dispositivo citado afirma que aquele órgão poderá aprovar a concentração se ela tiver por objetivo aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens e serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. O último requisito é tão genérico que engloba todos os outros; é necessário, enfim, que da concentração resultem *efeitos positivos*. Além disso, os benefícios deverão ser repartidos entre as empresas e os consumidores; o ato não poderá implicar eliminação da concorrência de parte substancial do mercado e devem ser observados os limites estritamente necessários para atingir aqueles objetivos. O § 2º permite que um desses requisitos seja desatendido se a concentração for necessária por motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum. Observa-se o claro predomínio do objetivo de desenvolvimento sobre o da livre concorrência.

28 FARJAT, Gérard. *Op. cit.*, p. 167.

29 *Ibidem*, p. 168.

30 *Ibidem*, p. 239.

Contudo, estes objetivos devem ser claramente apresentados pelas empresas-parte na operação. Os Conselheiros do Cade deverão considerá-los, mas a aprovação do ato de concentração só se realizará mediante a aceitação de um Compromisso de Desempenho pelas empresas nele envolvidas ou pela empresa dele resultante. O art. 58 da Lei Antitruste trata do Compromisso de Desempenho, cujo papel é assegurar o cumprimento dos objetivos alegados pelas empresas. Dispõe o § 1º que deverão ser considerados o grau de exposição do setor à competição internacional, as alterações no nível de emprego e outras circunstâncias relevantes. Esta última expressão é também bastante abrangente, podendo abarcar quaisquer questões relativas à influência daquele ato para o desenvolvimento econômico. Observadas estas condições, deverá o compromisso estabelecer metas quantitativas e qualitativas com prazos predefinidos. Este requisito possibilita o acompanhamento da conduta das empresas signatárias do Compromisso pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, assegurando o cumprimento dos objetivos fixados. Caso o Compromisso não tenha sido observado, será revogado e o processo administrativo reaberto.

O Compromisso de Desempenho é, portanto, peça de fundamental importância no Direito brasileiro da concorrência. Ele é o instrumento pelo qual se opera o segundo aspecto do papel do controle das concentrações de empresas, vinculando a criação de um poder econômico à política econômica estatal. Assim, pode se afirmar

“que a defesa da concorrência não se esgota na simples punição de uma empresa infratora ou na prisão de um empresário criminoso. Empresa e empresário estão convocados a participar de uma ação positiva, o exercício das atividades econômicas, agora impregnadas da natureza teleológica definida pelo constituinte: ‘assegurar a todos existência digna’, observando os princípios gerais enumerados”.³¹

Destarte, deve estar o Cade comprometido com a implementação da política econômica, a fim de fazer com que as empresas interessadas em promover atos

31 VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 283.

de concentração nela se envolvam e procurem contribuir para a realização das metas propostas. De fato, há este comprometimento, pois a política econômica está desenhada pelos princípios elencados na Constituição Federal. De maneira mais específica, o procedimento de escolha dos membros do Cade pelo Presidente da República, com posterior aprovação do Senado Federal, garante que a composição do Colegiado se faça com pessoas ligadas à política econômica do governo. Não se deve confundir este comprometimento com ingerências políticas em julgamentos que devem ser estritamente técnicos. Contra isso a lei assegurou aos Conselheiros certas garantias, como a existência de mandatos para os membros do Cade, além de conferir ao órgão natureza jurídica de autarquia.

Um órgão, portanto, que pugne pela consecução da política econômica, poderá incluir no Compromisso de Desempenho não apenas requisitos relacionados à defesa da concorrência, mas, também, outros vinculados à obtenção do desenvolvimento econômico. Assim é que poderá, exemplificando, estipular que a empresa deverá manter o nível de emprego após a fusão. Ou aumentá-lo em 20% em dez anos, por exemplo. É possível, também, vincular a concentração a um aumento de produção, fixando percentuais e prazos, ou à redução de preços, ou ambos. Poderá determinar a abertura de uma nova linha de produtos que interessem à economia nacional e à empresa. Ou vincular a aprovação do ato de concentração à cisão de determinada parte da empresa, ou à venda ou cessão de determinada marca.³² Se a política do País privilegia as exportações como forma de atingir o desenvolvimento, o Compromisso poderá fixar metas de incremento nas vendas externas das empresas envolvidas. Poderá também estipular a entrada dos produtos em um determinado mercado regional, mal abastecido ou altamente oligopolizado. É possível, até mesmo, vincular a aprovação à adoção, pelas empresas, de determinadas ações na área social.³³

As possibilidades são inúmeras e devem ser analisadas caso a caso, em função das necessidades estabelecidas pelas medidas de política econômica

32 Como ocorreu no caso Colgate-Kolynos.

33 Deste teor foi uma das propostas da Colgate para a aprovação da aquisição da Kolynos: sugeriu a adoção de um programa de conscientização da população sobre higiene bucal, com distribuição de escovas e creme dental junto às populações de baixa renda.

julgadas adequadas em um determinado momento. Percebe-se claramente as vantagens do pensamento *aberto* das normas de Direito Econômico³⁴ que, sem perder de vista a segurança jurídica, conseguem solucionar os conflitos entre interesses e princípios da melhor forma para todos os envolvidos: empresas, mercado, sociedade e Estado. É patente a aplicação do princípio da economicidade,³⁵ informador do Direito Econômico.

Após estudar o histórico do tratamento das concentrações de empresas pelos países desenvolvidos, Isabel Vaz concluiu que, em épocas de dificuldade econômica, eles utilizaram mecanismos que as permitissem ou, muitas vezes, as estimulassem, adotando, atualmente, um caráter mais restritivo, por possuírem uma boa base industrial instalada, poupança interna, tecnologia e pelo fato de as grandes empresas constituírem verdadeiros poderes privados.³⁶ Os fatores que nortearam a conduta do Estado foram definidos em função de metas fixadas pelas medidas de política econômica.

Assim, devido às grandes diferenças econômicas e sociais, o modelo de política de concorrência existente hoje nos países desenvolvidos não deveria ser adotado em países em desenvolvimento, como o Brasil.

“Por estas razões, os países em desenvolvimento precisam debruçar-se sobre suas próprias realidades e procurar estabelecer não apenas um regime jurídico, mas [...] uma ‘política jurídica’ para a concorrência. Esta política jurídica deve fornecer os fundamentos para a adoção de leis e instituições que não procurem apenas reprimir as práticas abusivas ou prejudiciais à concorrência, mas consigam conciliar os direitos constitucionais assegurados à sociedade e ao consumidor, em particular, sem sufocar os impulsos legítimos dos agentes econômicos em direção ao fortalecimento da economia nacional.”³⁷

34 VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 274-275.

35 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Op. cit.*, p. 29.

36 VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 224-230.

37 *Ibidem*, p. 196.

Uma vez funcionando o controle da concentração de empresas como instrumento de política econômica, por meio do pensamento adotado pela Lei n. 8.884/94, acredita-se que a legislação antitruste brasileira está apta a atender às peculiaridades concernentes aos países em desenvolvimento.

5 CONCLUSÃO

A despeito dos efeitos maléficos que pode trazer para a concorrência, a concentração de empresas possibilita uma série de eficiências a serem compartilhadas com a sociedade, de forma a impulsionar seu desenvolvimento econômico.

Destarte, não poderá o Brasil, país menos avançado, desconsiderar a concentração capitalista, concebida inicialmente como uma estratégia econômica. Deve procurar adequá-la à consecução dos grandes objetivos da economia nacional, pela aplicação dos postulados do Direito Econômico. Mister se faz, portanto, assegurar um controle sobre a concentração, a fim de que a concorrência efetiva não seja prejudicada de forma indelével, para que se garantam os benefícios que dela poderão advir e se fiscalize a formação de poderes econômicos privados.

Este controle é instituído pela Lei n. 8.884/94 e realizado pelo Cade. Tem este órgão capacidade para *negociar*, em cada caso, a melhor alternativa para a sociedade e para as empresas envolvidas no ato de concentração. Seu julgamento e as propostas de ações benéficas à sociedade deverão ser orientadas pelos princípios constitucionais do desenvolvimento econômico, da justiça social, da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da livre concorrência. A vinculação da atuação do Cade aos princípios constitucionais invocados funciona como garantia contra o arbítrio.

Os resultados benéficos da concentração de empresas, bem como os prazos e as formas de obtê-los, deverão estar consignados em um Compromisso de Desempenho. Este documento dá ao Cade a prerrogativa de controlar a conduta das empresas concentradas no mercado, evitando que elas imponham sua vontade, através do poder de que dispõem, e se desviem dos fins consignados pela ordem jurídica econômica e social.

Assim, o controle exercido sobre as concentrações de empresas constitui importante instrumento para a implementação da política econômica estabelecida segundo os princípios constitucionais. O Compromisso de Desempenho é o documento que formaliza as exigências deste controle, orientadas à promoção do desenvolvimento econômico.

Daí, o controle das concentrações ultrapassa seus objetivos de tutela da concorrência e passa a assumir uma função ainda mais nobre: auxiliar o Brasil na busca pelo desenvolvimento, seguindo as diretrizes da política econômica adotada.

6 FONTES BIBLIOGRÁFICAS

- BULGARELLI, Waldírio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. rev. atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- FARIA, Werter. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.
- _____. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*. Porto Alegre: ABEI, 1993.
- FARJAT, Gérard. *Droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Trad. Galeno de Freitas. 36. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.
- MALARD, Neide Teresinha. Integração de Empresas: concentração, eficiência e controle. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, n. 4, v. 1, nov. 1994.
- MARKWALD, Ricardo. *Política e defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional das Indústrias, Conselho Permanente de Política Industrial e Desenvolvimento Tecnológico, 1994.

- PATRÍCIO, Simões. *Direito da concorrência: aspectos gerais*. Lisboa: Gradiva, 1982.
- RUSSI, Joyce. Estudo do Ipea mostra a economia brasileira "superoligopolizada". *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 30 de dezembro de 1994.
- SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Almedina, 1991.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito económico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- VAZ, Isabel. *Direito económico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.